

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'acte authentique à l'épreuve des nouvelles technologies

Lazaro, Christophe

Published in:

Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Lazaro, C 2002, 'L'acte authentique à l'épreuve des nouvelles technologies', *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, Numéro 13, p. 7-42.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'acte authentique à l'épreuve des nouvelles technologies

Christophe LAZARO¹

1 Introduction

Le droit des contrats et de la preuve a subi récemment de grands bouleversements. À l'échelon européen, deux directives sont successivement apparues ; l'une consacrée à la signature électronique (13 décembre 2000), l'autre au commerce électronique (13 juin 2000).

À l'heure où le support numérique fait ainsi son apparition dans ces matières, il apparaît essentiel de mener une réflexion sur la valeur et l'avenir de l'acte authentique, instrument probatoire par excellence. La diversité des actes authentiques au regard de la qualité de leurs rédacteurs et des buts poursuivis nous conduira à nous concentrer uniquement sur les actes authentiques établis à l'intervention des notaires et des huissiers.

Jusqu'ici, l'acte authentique, et spécialement l'acte notarié avait collé à cette image aujourd'hui désuète de la plume d'oie qui le traçait. Mais si l'acte authentique est un mode de preuve

incomparable et irremplaçable, le formalisme qui l'entoure ne devrait pas autoriser un rejet de principe du contrat immatériel, au seul motif qu'il y a changement de support. À l'heure actuelle, force est de constater à cet égard une évolution majeure qui, pour reprendre l'expression du Jeune notariat français, marque le passage « de la plume d'oie à la plume-doigt », évoquant les manipulations du clavier².

Les obstacles d'ordre psychologique ainsi levés, il s'agit de franchir le pas et d'envisager maintenant, de manière concrète, la dématérialisation d'un tel acte.

Nous analyserons au préalable les caractéristiques inhérentes aux actes authentiques en droit positif. Cette perspective nous permettra de nous interroger sur la compatibilité de l'authenticité avec les environnements numériques.

À cet effet, nous nous attacherons à dégager les principales difficultés et

1. Chercheur au C.R.I.D.-F.U.N.D.P.

2. Jeune notariat en action, Le programme 2001-2002, p. 3, disponible en ligne à l'adresse http://www.jeune-notariat.com/2001/mjn_programme.htm.

objections susceptibles de faire obstacle à la réalisation concrète d'actes authentiques électroniques. Parmi ces difficultés, la question du formalisme inhérent aux actes authentiques se pose avec une acuité particulière. Un tel formalisme relève d'une longue tradition propre à l'écrit papier et, par conséquent, invite dès lors à une réflexion nuancée sur son éventuelle adaptation aux environnements numériques afin de

ne pas, de manière hasardeuse, sacrifier au « tout électronique » les modalités sacramentaires essentielles à l'authenticité des actes.

Les enjeux sont donc essentiels, dans la mesure où l'authenticité dématérialisée doit permettre de garantir les mêmes effets juridiques que ceux conférés aux actes authentiques dressés sur support papier.

La notion d'acte authentique ²

Dans notre droit la matière des actes authentiques se localise dans un chapitre du Code civil consacré à l'administration de la preuve des obligations entre parties. L'article 1317 du Code civil nous enseigne que l'acte authentique est « celui qui a été reçu par les officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ». Une telle localisation contribue à faire naître certaines ambiguïtés.

Elle amène une grande majorité d'auteurs belges et français à ne faire référence qu'aux seuls actes notariés lorsqu'ils traitent de la valeur probante des actes authentiques. « Par ailleurs, les "solennités requises" dont il est question à l'article 1317 du Code civil sont très variables mais ici encore l'on constate dans la doctrine de continues références aux actes notariés »³.

Pourtant la catégorie des actes authentiques révèle une grande diversité et, à ce titre, dépasse le cadre limité de la preuve des obligations entre par-

ties. Il existe en effet une très grande variété d'actes authentiques qu'il serait difficile de classer de manière satisfaisante.

Certains auteurs ont proposé une classification qui s'articule en quatre catégories⁴ :

1) les actes ministériels proprement dits, qui comptent au premier rang les actes notariés, puis les actes d'huissiers auxquels on réserve l'appellation d'actes extrajudiciaires ;

2) les actes judiciaires, c'est-à-dire ceux qui émanent des autorités judiciaires (juges et greffiers), notamment les arrêts, les jugements et les ordonnances ;

3) les actes législatifs ;

4) enfin, les actes administratifs.

Sur un plan général, cependant, deux grandes familles d'actes authentiques peuvent être distinguées :

3. R. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, n° 85.
4. *Pandectes belges*, t. 4, v° « Acte authentique », n° 12.

a) Les actes des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, posés par les détenteurs de ces pouvoirs agissant dans l'exercice de leurs fonctions ; ces actes ont par eux-mêmes forme authentique ;

b) Les actes que l'on qualifie en général de « ministériels » ; ces actes ne sont pas accomplis par les pouvoirs précédemment cités mais par des fonctionnaires publics ou officiers ministériels auxquels autorité a été déléguée à cet effet. On citera au premier chef, les actes des notaires ; appartiennent également à cette seconde catégorie, les actes des huissiers de justice et ceux des greffiers, qui sont plus spécialement qualifiés d'actes extrajudiciaires.

Il se trouve donc des actes authentiques de deux catégories. Les uns qui ont par eux-mêmes le caractère d'authenticité, parce qu'il sont des actes des autorités publiques, les autres qui ont ce caractère d'authenticité parce qu'ils sont réalisés par un officier public auquel une compétence a été spécialement déléguée à cet effet. Aussi, au point de vue de leur objet, les actes authentiques peuvent être divisés en actes privés, constatant des conventions et des actes d'intérêt privé (comme c'est le cas pour la plupart des actes notariés et des actes d'huissiers) et en actes publics, constatant des faits d'intérêt général. Aussi, sur le plan probatoire, il nous semble que la philosophie qui apparaît en filigrane derrière

chacun de ces types d'actes est sensiblement différente. Tous, cependant sont dotés d'une force probante exceptionnelle⁵⁻⁶ qu'il convient de ne pas dénaturer par le recours à l'écrit électronique.

Au regard de l'étendue de cette *summa divisio*, nous n'examinons dans cette étude que les règles générales de la matière. Nous ne pouvons donner une énumération de tous les actes authentiques ; elle serait nécessairement incomplète, et ne pourrait être faite avec fruit qu'en examinant la compétence de tous les officiers publics qui ont pouvoir d'élaborer des actes de ce genre.

Si l'article 1317 du Code civil détermine les conditions d'acquisition de l'authenticité, force est de constater que le législateur n'a cependant pas pris le soin de définir l'authenticité. Pour préciser cette notion, il est éclairant, d'une part, de se référer au sens habituel du mot, d'autre part, d'observer les effets juridiques que la loi attache aux actes qu'elle reconnaît comme authentiques.

S'agissant de l'acception usuelle du mot⁷, l'authenticité fait référence à « la qualité de ce qui est vrai », à ce dont « l'origine ne peut être contestée ». L'étymologie du mot « authentique » permet de préciser cette notion et d'y trouver une référence à l'autorité, à ce « dont le pouvoir est inattaquable ». Mais la racine grecque du mot ajoute

5. Voy. les propos de M. PÂQUES, « Acte administratif et acte authentique », *Adm. publ. trim.*, 1996, pp. 90-107. L'auteur analyse cependant la controverse liée à la reconnaissance de l'authenticité des actes dits de « gestion économique ». Le résultat doit être le même, le raisonnement seul est différent.
6. La matière de l'acte authentique ne semble avoir son siège principal que dans le Code civil. Les termes de cet article 1317 ne sembleraient dès lors ne devoir s'appliquer qu'aux actes d'intérêts privés. Toutefois, en raison d'une analogie évidente, la jurisprudence a eu l'occasion, même de manière implicite, de rappeler qu'il y a lieu d'appliquer les mêmes règles au droit public, et en général à tous les actes administratifs. Voy. Cass., 15 décembre 1881, *Pas.*, 1882, I, p. 14 ; Cass., 17 janvier 1907 ; C.E., 20 novembre 1950, *Detournay*, 573, C.E., 26 octobre 1962, *Biebauw*, 9963, cités par Ch. HUBERLIANT, rapport préc. C.E., 4 juin 1972, *I.N.A.M.I. c. Dewolf*, 14797, *R. J. D. A.*, 1972, p. 58.
7. *Dictionnaire de la langue française - Le Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1990, p. 133, v° « Authentique ».

également un élément : le titre authentique est celui, qui agit par lui-même, de sa propre autorité et par sa seule nature intrinsèque.

S'agissant des effets juridiques reconnus à l'acte authentique, il y a lieu de distinguer entre, d'une part un effet exécutoire, d'autre part, un effet probatoire.

L'effet exécutoire de l'acte authentique est consacré par le Code judiciaire, et précisé plus particulièrement, pour l'acte notarié, par l'article 19 de la loi de ventôse an XI⁸. En tant qu'acte émanant de l'autorité souveraine, le dispositif de l'acte authentique doit être réalisé, les obligations qui y sont souscrites doivent être exécutées, son but doit être atteint.

Cette facette de l'authenticité s'exprime à travers la délivrance de copies exécutoires. Revêtus de la *formule exécutoire*, ces titres font foi du même contenu que l'original et offrent la possibilité aux créanciers de poursuivre directement l'exécution de leurs droits.

Quant à l'effet probatoire, celui-ci est consacré par le Code civil dans son système de preuve littérale. L'acte authentique doit pouvoir être cru. En raison de son caractère authentique, il ne peut être contesté (voy. *infra*, pt. II).

Dans ce contexte, on peut déduire de ces prémisses que « l'authenticité est le caractère de vérité et de force qui s'attache aux actes de l'autorité publique. Il ne peut d'ailleurs pas en être autrement. Que vaudrait l'acte de l'autorité publique sans l'impossibilité pour le citoyen d'en contester la véracité et sans la possibilité pour le pouvoir d'en imposer l'exécution même *manu militari* ? Si telles qualités n'étaient pas attachées à ses actes, le pouvoir ne serait pas le pouvoir. On comprend alors que l'authenticité soit le propre des actes de l'autorité publique, que les actes qu'elle pose en bénéficient par nature tandis que les actes privés doivent en être spécialement dotés, et ce, par le notaire, fonctionnaire public établi à cette fin »⁹.

Actes authentiques et force probante

1. Théorie de la preuve

On sait que le Code civil attribue à l'acte authentique une valeur probante exceptionnelle. La force probante est le caractère de certitude que, dans l'ordre de la preuve, la loi reconnaît aux faits et aux actes juridiques¹⁰. Il s'agit en quelque sorte de la puissance juridique des moyens de preuve. La loi ne fait pas dériver la force probante

de d'un principe philosophique. Consulté les nécessités de la vie sociale, elle attache foi ou la refuse aux actes ou aux faits, en recherchant pratiquement les moyens d'approcher, autant que faire se peut, de la certitude. C'est dans ce même esprit qu'elle fait varier l'intensité de la force probante en s'inspirant de la nature des actes.

Dans nos systèmes juridiques de

8. E. LEROY, « De la force exécutoire des actes notariés : principes, limites et perspectives », *Authenticité et informatique*, congrès des notaires, Bruxelles, Kluwer – Bruylant, 2000, pp. 77 et s.

9. J. DEMBLON, « L'acte notarié », *Rép. not.*, t. XI, livre VII, n° 13.

10. *Pandectes belges*, t. 45, v° « Force probante », n°1.

droit latin, la preuve écrite et préconstituée a acquis la prééminence, tout au moins en droit civil. Le législateur a en effet privilégié la preuve écrite rédigée à un moment où il n'existait pas encore de litiges entre parties dans le but de se constituer une trace des relations existant entre elles.

Parmi les modes de preuve écrite, le législateur a cependant placé l'acte authentique en haut de la hiérarchie. Cette place privilégiée s'explique par la force probante légalement reconnue à ce type d'acte. Nous nous intéressons plus particulièrement, dans le cadre de cette étude, aux actes notariés, ceux-ci occupant, en droit de la preuve, un rôle spécifique, voire prépondérant¹¹ parmi la diversité des actes authentiques¹².

La matière de la force probante des actes authentiques relève essentiellement, dans notre système juridique, du droit civil et plus particulièrement du droit des obligations.

Le siège de la matière se situe au chapitre VI du Code civil, consacré à la preuve des obligations ; c'est là que l'on trouve les articles 1317 à 1319 relatifs à l'acte authentique. L'acte authentique est donc un des modes de preuve légalement autorisé en droit civil, mais il bénéficie d'une force probante privilégiée, particulière. Il constitue la première preuve, la plus sûre et la plus complète.

Quelles sont les raisons de ce statut privilégié et quelle en est la portée ?

Si la preuve écrite est déjà en elle-même le plus sûr des moyens juridiques d'établir l'existence des faits accomplis ou des obligations contractées, elle n'est pas à l'abri de toute tentative de falsification ou d'imitation d'écriture. Aussi, la loi n'oblige-t-elle pas le juge à accorder pleine et entière foi à tous les écrits qu'on lui présente. En ce sens, aux termes de l'article 1322 du Code civil, l'acte sous seing privé peut à l'instar de l'acte authentique constituer une preuve incontestable s'il est reconnu par celui auquel on l'oppose¹³.

On a cependant cherché à renforcer le plus possible la confiance due à la preuve écrite ; et pour cela, dans certains cas, on l'a entourée de garanties telles que la fraude devient pratiquement impossible. Tel a été le but de cette institution : l'authenticité des actes.

Pour des raisons sociales de sécurité juridique¹⁴, la loi a chargé des personnes publiques dans lesquelles elle a placé sa confiance, de la mission de constater officiellement des faits. Elle présume de la sorte que la signature de ces officiers publics, dans l'exercice de leurs fonctions, peut aisément être vérifiée. Elle assujettit les actes reçus ou rédigés par eux à certaines formalités. Par exemple, la présence d'un second officier public ou de plusieurs témoins,

11. R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 86-1.

12. Remarquons d'ailleurs qu'une grande majorité des auteurs belges et français ne font référence qu'à ces seuls actes (notariés) lorsqu'ils traitent des actes authentiques.

13. Pour les rapports entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé, quant à la force probante, voy. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 757.

14. Voy. *Pandectes belges*, t. 4, v° « Acte authentique », n°s 194 et s. Le caractère particulier de l'acte authentique dérive des nécessités sociales et de la volonté du législateur de promouvoir la sécurité juridique en organisant de manière spécifique l'incontestabilité de certains actes. Ce but, le législateur a cru l'atteindre « en organisant une série de formalités garantissantes, dont la principale consiste à confier la passation de l'acte à un officier public nommé par l'autorité, choisi avec discernement et qui, sous des peines sévères, est chargé d'attester la vérité de certains faits qui se passent devant lui ; qui a de plus, dans un grand nombre de cas, mission d'éclairer et de conseiller les parties ».

l'apposition d'un sceau... Toutes ces circonstances rendent le faux en écriture publique plus difficile et par conséquent plus rare.

Ainsi, à titre de définition générale, il est raisonnable d'affirmer que, sur le plan probatoire, l'acte authentique est « un écrit d'une nature spéciale qui fait pleine foi par lui-même et vis-à-vis de tout le monde des faits et des conventions qu'affirme l'officier public qui l'a dressé, s'il avait mission de les constater »¹⁵.

Lorsque l'on traite de l'acte authentique, il est d'usage de se référer aux termes de l'article 1317 du Code civil. Celui-ci dispose que « l'acte authentique est celui qui a été reçu par les officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ».

Les conditions requises pour qu'un acte soit authentique sont énumérées par l'article 1317 du Code civil. Il faut :

1) que l'officier public soit compétent pour recevoir ou faire l'acte dont il s'agit : l'officier public doit être compétent, tant à raison de la matière qu'à raison du lieu où il agit.

2) que l'acte soit « reçu » avec les formes ou les solennités requises par la loi : ces formes divergent suivant les actes. L'emploi du terme « recevoir » n'est pas très heureux. « Il s'explique par le fait que les auteurs du Code civil, en traitant de l'acte authentique, avaient continuellement à l'esprit l'intervention du notaire. Il existe cependant de nombreux actes authentiques où les

choses se passent différemment. Un huissier de justice ne "reçoit" rien lorsqu'il signifie une citation à comparaître en justice ou dresse un procès-verbal de saisie »¹⁶.

On peut admettre que ces conditions sont également celles que l'on doit exiger pour l'authenticité des actes autres que ceux du droit civil privé proprement dit.

Nous venons d'évoquer ci-dessus à quelles conditions un acte possède le caractère d'authenticité. Nous allons examiner la valeur que donne à l'acte, au point de vue de la force probante, l'accomplissement de toutes les conditions exigées par la loi pour l'authenticité.

2. La force probante de l'acte authentique

Selon les termes de l'article 1319 du Code civil, « L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.

Néanmoins en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et, en cas d'inscription de faux (...), les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte ».

L'article 1320 du Code civil dispose en outre que : « L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu

15. Voy. *Pandectes belges*, t. 4, v° « Acte authentique », n° 1.

16. R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 86-1.

que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve ».

Enfin, l'article 19 de la loi de ventôse dispose, spécialement à l'égard des actes notariés, que ceux-ci « feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République ».

Sur le plan du droit de la preuve, ce statut privilégié de l'acte authentique¹⁷ a pour conséquence qu'il ne peut être contesté que par la mise en œuvre de la difficile procédure d'inscription en faux¹⁸. Revêtu de l'authenticité, l'acte authentique fait foi de son origine, il est vrai par lui-même, c'est-à-dire qu'il suffit de le présenter au juge pour qu'il doive s'incliner devant lui et prêter main forte à son exécution. C'est de cette force qu'un acte tire de son authenticité qu'est venu l'adage « Provision est due au titre ».

« Provision est due au titre », c'est-à-dire que la seule production d'un titre authentique doit entraîner la condamnation du débiteur aussi longtemps qu'il n'a pas détruit la foi due à ce titre. Dès lors, aucune preuve ne doit corroborer son authenticité, il bénéficie d'une présomption d'authenticité. L'officier public est ainsi un témoin privilégié « cru sur parole », en l'espèce « cru sur son écrit ». Sont ainsi considérés comme certains, comme acquis, les faits rapportés par l'officier public¹⁹.

Cette qualité probatoire exceptionnelle a pour conséquence d'opérer un renversement de la charge de la preuve. Le titulaire de l'acte n'a rien à prou-

ver ; c'est celui à qui on l'oppose à en contester la force probante.

Toutefois, la qualité de la force probante attachée au témoignage de l'officier public varie selon qu'il s'agit des constatations faites par lui ou de la simple relation des déclarations faites par les parties en sa présence. Cette distinction est tout à fait fondamentale ; sur le plan de la force probante, il s'agit de distinguer l'acte en tant qu'il est l'œuvre du notaire ou l'œuvre des parties²⁰. En effet, la force probante de l'acte authentique n'a pas la même intensité pour tout ce qu'il constate. Est donc prouvée jusqu'à inscription de faux, la matérialité des faits et des déclarations dont l'officier public affirme avoir une connaissance personnelle pour les avoir vus, entendus ou accomplis *ex propriis sensibus*.

Du principe que nous venons de formuler, il faut conclure que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de l'identité et de la présence soit des parties, soit du fonctionnaire, soit des témoins instrumentaires, des qualités en lesquelles agissent les parties, des dispositions et déclarations faites par elles, de l'apposition des signatures, du lieu où l'acte a été reçu ou rédigé, de la date qui est mentionnée, de la ponctuation, enfin de l'accomplissement de tous les actes que l'officier public déclare avoir faits et de toutes les formalités imposées par la loi qu'il mentionne comme ayant été remplies par lui.

Par contre, la véracité des faits ou actes juridiques déclarés par les parties, elle, n'est pas vérifiable. Dès lors, ces éléments ne sont pas protégés par l'obligation de recourir à la procédure

17. M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Force probante des actes notariés », *Rép. not.*, t. XI, livre VI (1^{re} partie), 1991, p. 51.
« Provision est due au titre'... : l'expression donne la mesure de la force probante qui émane de l'acte notarié ».

18. Voy. Mons, 1^{er} février 2000, *E. J.*, 2000, 138, note.

19. J. DEMBLON, « Organisation et déontologie du notariat », *Rép. not.*, t. XI, livre V, p. 53.

20. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 758.

de l'inscription en faux pour les contester. C'est en ce sens que « l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme » ; il fait pleine foi du fait de la déclaration de cette convention mais non de la véracité et de la sincérité du contenu de la déclaration.

3. L'acte notarié

L'article 1^{er} de la loi de ventôse²¹ dispose que « les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et des expéditions ».

Cet article nous éclaire sur la source de l'authenticité ; celle-ci réside dans l'autorité publique. « *Stricto jure*, il ne devrait appartenir qu'au seul pouvoir de faire des actes authentiques ; mais il est impensable qu'il puisse intervenir en toute matière et il peut donc, par voie de délégation conférée à certains fonctionnaires publics ou officiers ministériels, confier cette mission dans des matières déterminées²² ». La source de l'authenticité de l'acte notarié s'inscrit dans cette perspective ; elle réside, en effet, dans la délégation donnée par l'autorité publique au notaire à cette fin. Si les actes publics sont donc authentiques par eux-mêmes, les actes privés ne le sont que par l'intervention du notaire, qui peut leur conférer un « caractère d'authenticité²³ ».

Afin de mesurer de façon adéquate la force probante des actes notariés, il est utile, comme point de départ de s'attacher à leur définition. L'acte notarié peut être défini de la manière suivante : « l'acte notarié est le document écrit, établi par notaire, au titre d'acte instrumentaire avec caractère d'authenticité²⁴ ».

Cet acte est qualifié d'instrumentaire dans la mesure où il est établi pour servir d'instrument de preuve. Mais la caractéristique principale de l'acte authentique réside dans sa force probante, dans le degré de crédibilité qui y est attaché. Ainsi, pour être qualifié d'acte notarié, l'écrit établi par le notaire à des fins probatoires doit être pourvu par lui du caractère authentique. C'est du caractère d'authenticité qui lui est ainsi conféré que l'acte notarié tire sa force probante exceptionnelle. Les notaires doivent alors être considérés comme les officiers publics compétents pour les actes destinés à faire preuve entre parties²⁵.

Comme on l'a déjà souligné, la source de la force probante de l'acte notarié est l'authenticité. L'authenticité des actes privés a en effet été considérée comme indispensable à la vie en société ; c'est là la justification de l'authenticité des actes notariés. « Les nécessités sociales exigent que dans les rapports entre les citoyens, ou dans les rapports entre citoyens et certaines institutions publiques ou privées, il existe des instruments probatoires dont la régularité formelle implique une présomption irréfragable de vérité. Par avance, toute erreur et toute surprise

21. Loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI (16 mars 1803), loi contenant organisation du notariat, *Bull.* 258, n° 2440 ; *Pasin.*, p. 16.

22. P. VATELET, *La rédaction des actes notariés*, avec la collab. de M. RENARD-DECLAIRFAYT, Bruxelles, Larcier, 1980, p. 24.

23. A. LAPEYRE, « L'authenticité », *J.C.P.*, I, 2365.

24. Définition proposée par J. DEMBLON, *Rép. not.*, t. XI, livre VII, 1991, p. 79.

25. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., 1967, n°s 753-754.

doivent être écartées ; il faut rendre impossible toute dénégation d'écriture et de signature ; aucune contestation ne doit pouvoir surgir²⁶ ». Le notaire a donc, à cet égard, un rôle essentiel à jouer dans le domaine des relations privées. Par sa fonction, il assure la paix dans les relations sociales en prévenant les différends. Il ne doit pas trancher un litige unique et déterminé, il doit les prévenir en assurant la solidité juridique de l'acte qu'il reçoit. Le notariat apparaît ainsi comme une fonction de première ligne et de sécurité²⁷.

Pour bénéficier de l'authenticité, l'acte privé doit être reçu par « un officier public » compétent et « avec les solennités requises ». L'intervention du notaire ainsi que le respect de formalités sont les deux composantes de l'authenticité de l'acte notarié²⁸.

a. La fonction instrumentaire du notaire et le formalisme

La fonction notariale est de son essence première constituée d'une mission d'authentification. Il s'agit d'une mission dont est chargé le notaire par l'autorité publique afin de donner un caractère d'authenticité aux actes ; on peut la décrire comme une fonction « instrumentaire²⁹ ».

En vertu de l'article 1317 du Code civil, l'acte doit être reçu avec « les solennités requises ». Il doit en effet répondre à diverses exigences de forme qui sont les gardiennes de

l'ordre juridique. Ces « rites extérieurs et contingents », selon la formule de J. FLOUR accompagnant la passation des actes authentiques, et plus spécialement des actes notariés, revêtent une valeur pratique essentielle³⁰.

La réalisation de l'acte notarié est subordonnée au respect d'un ensemble de formalités légalement définies. À cet égard, chaque fois que la loi évoque les formalités nécessaires à la réalisation de l'acte notarié, il est recouru au terme « recevoir ». La réception d'un acte par notaire recouvre un sens bien particulier, même si ni la loi de ventôse, ni le Code civil n'en fournissent la signification.

M. RENARD-DECLAIRFAYT en propose une définition, ou plutôt énumère les différentes formalités qui en font partie : « Au sens légal, la réception de l'acte notarié n'est pas autre chose que la constatation solennelle faite par le notaire de la comparution des parties, de l'émission de leurs volontés, de l'adhésion de chacune d'elles au contenu de l'acte, de leurs signatures, enfin de la date de l'acte, le tout suivant les règles de la loi de ventôse. La signature du notaire est l'opération finale et décisive qui imprime force de loi à l'acte des parties³¹ ».

La réception de l'acte notarié comprend généralement :

- la comparution et l'identification des parties ;

26. P. WATELET, *op. cit.*, p. 23.

27. P. HARMEL, préface à *La rédaction des actes notariés*, par P. WATELET, Bruxelles, Larcier, 1980, p. 11.

28. M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, pp. 43 et s.

29. J. DEMBLON, *Rép. not.*, t. XI, livre V/1, p. 50, n° 10. L'adjectif « instrumentaire » souligne le fait que l'authenticité concerne l'*instrumentum* seul ; elle ne concerne en rien le *negotium*. Sous réserve de l'exception que constituent les actes solennels, sur le plan probatoire, *negotium* et *instrumentum*, sont indépendants : chacun subsiste indépendamment de la validité ou de la non-validité de l'autre.

30. J. FLOUR, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Rép. Defrénois*, 1972, art. 30159, pp. 977 et s., n° 5.

31. Définition proposée M. RENARD-DECLAIRFAYT, *op. cit.*, n°s 13 et 14. Voy. également du même auteur, « La preuve devant le juge en droit privé, pénal et administratif – L'acte notarié, ses annexes et copies en tant que moyen de preuve en droit belge », *Rev. jurid. et pol. indépendance et coopération*, XVII^e Congrès de l'I.D.E.F., 1985, pp. 461 et s.

- l'intervention des témoins lorsqu'elle est requise ;
- la constatation de la date et du lieu de réception de l'acte ;
- la lecture de l'acte aux parties ;
- la signature par les parties et la mention de cette signature ;
- le tout s'effectuant en la présence permanente du notaire qui signe ensuite.

L'authenticité est ainsi basée sur l'intervention du notaire, plus précisément sur les constatations et affirmations que doit faire personnellement le notaire, les attestations qu'il doit fournir, le témoignage qu'il doit porter à l'occasion de la réalisation de l'acte : ce sont les solennités³². Celles-ci résultent toutes de la loi organique de ventôse et exclusivement d'elle, elles sont dénommées comme telles dans la mesure où leur absence entraîne, pour la plupart d'entre elles, la nullité de l'acte ou son inexistence.

Ainsi considérée, la notion de « réception » correspond à l'intervention du notaire *qualitate qua* ; elle correspond à la seule fonction instrumentaire. En effet, il s'agit de « donner aux actes et aux contrats le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique » (article 1^{er} de la loi de ventôse). À cette fin, le notaire doit respecter les règles de forme établies par la loi organique, en les interprétant dans l'optique de l'authenticité à atteindre.

Toutefois, il semble qu'on ne peut prendre adéquatement toute la mesure de la notion de « réception » en faisant abstraction de la fonction conseillère du notaire.

b. La fonction conseillère du notaire

La fonction notariale est également constituée d'une mission de conseil. Il s'agit d'une mission dont est chargé le notaire, cette fois par les citoyens, afin de les éclairer sur la portée de leurs engagements ; on peut la dénommer fonction « conseillère³³ ».

Il est aujourd'hui unanimement reconnu que ces deux fonctions incombent au notaire, même si elles n'étaient pas, à l'origine, toutes deux prévues par la loi. La loi organique en effet ne disait mot sur la fonction de conseil mais les travaux préparatoires et notamment l'exposé des motifs du conseiller RÉAL y faisaient référence³⁴. Le notaire y était notamment décrit comme un « conseil désintéressé des parties... régulateur des engagements qu'ils veulent contracter ». La source de l'obligation de conseil résidait, en définitive, dans la jurisprudence qui s'était plu à reconnaître « qu'un donneur d'authenticité automatique est d'une utilité sociale discutable s'il ne s'accompagne d'un conseiller judicieux et désintéressé, prêt à éclairer les parties sur leurs devoirs, sur leurs obligations et sur leurs droits, tant vis-à-vis les uns des autres que de l'autorité (...)»³⁵.

Aujourd'hui, la réforme récente du notariat a mis l'accent sur la mission sociale et informative du notaire. L'article 9 de la loi de ventôse, modifié par la loi du 4 mai 1999, dispose en effet que : « Le notaire informe toujours entièrement chaque partie des droits et des obligations et des charges décou-

32. J. DEMBLON, *Rép. not.*, t. XI, livre VII, n° 181.

33. *Ibidem*, n° 10.

34. RÉAL, exposé des motifs de la loi organique, voy. « Code du notariat », *Rép. not.*, t. XI, livre II. Certaines lois particulières y faisaient cependant déjà allusion : loi du 4 novembre 1969 sur le bail à ferme, lois des 29 mars 1962 et 22 décembre 1970 sur l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction.

35. Voy. l'introduction générale de l'ouvrage de P. WATELET, *op. cit.*, p. 15.

lant des actes juridiques dans lesquels elle intervient et conseille les parties en toute impartialité. »

Il est d'usage d'identifier, dans cette obligation de conseil, trois aspects³⁶. D'abord, incombe au notaire le devoir d'éclairer les parties. Le notaire est investi d'une mission de confiance dont il doit répondre – cette fois, non à l'égard du pouvoir comme dans sa mission d'authentification – mais à l'égard des parties. Cette confiance se fonde sur l'attente des clients que le notaire les guide. À cette fin, le notaire doit veiller à la validité juridique des actes dont il est le rédacteur, il doit suggérer aux parties une rédaction complète, claire et précise de leurs conventions, il doit encore éclairer les parties sur la portée de leurs engagements et les conséquences qui en découlent.

Ensuite, le notaire est tenu à un devoir d'investigation personnelle. Avant d'éclairer les parties, il va de soi que le notaire doit être lui-même informé. Pour parer à d'éventuelles erreurs, incompétences ou négligences des parties, il est indispensable que le notaire s'informe sur des éléments aussi essentiels que la véracité des informations qui lui sont communiquées par les parties, sur la capacité de celles-ci et qu'il s'attache à vérifier tous les documents requis pour la rédaction de l'acte.

Enfin, la loi ou l'usage impose au notaire diverses obligations complémentaires à la réception des actes, telles que les obligations imposées par

les lois fiscales (enregistrement, notifications aux services des contributions directes et de la T.V.A.)...

À ce titre, le devoir de conseil et d'information qui pèse sur le notaire en tant qu'officier public participe, de manière substantielle, à l'authenticité³⁷.

En effet, la fonction instrumentaire apparaît indissociable de la mission de conseil³⁸. « Ces deux fonctions ne sont pas remplies successivement dans le temps : d'abord le conseil, ensuite l'authentification ; au contraire, la fonction de conseil recouvre la fonction d'authentification en ce sens que la première précède, accompagne et suit la seconde³⁹ ». Dès lors, il est légitime d'interpréter la notion de réception au sens large. Une telle interprétation tiendrait compte de la fonction conseillère du notaire et comprendrait donc toutes les opérations qui permettent la réalisation d'une authentification plénière.

Dans cette optique, la réception, envisagée au sens large, comprendrait : la participation à l'élaboration de l'acte juridique, la rédaction de l'acte instrumentaire, l'intervention du notaire *qualitate qua*, et le respect des prescriptions complémentaires prévues par la loi organique et les usages.

Cette brève synthèse sur le rôle du notaire nous permettra par la suite de pointer les obstacles relatifs à la réalisation des actes notariés par la voie électronique.

36. R. DE VALENEER, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 114, n° 190.

37. E. LEROY, *op. cit.*, p. 87 ; voy. également J.-F. TAYMANS, « Authentification active et responsabilité notariale », in *Authenticité et Informatique*, congrès des notaires (F.R.N.B.), Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, p. 210.

38. P. BERTRAND, « Introduction générale (extrait du rapport) », congrès jeune notariat français, Pompadour, 2000, disponible en ligne à l'adresse http://www.jeune-notariat.com/pu_pompa.htm.

39. J. DEMBLON, *Rép. not.*, t. XI, livre VII, n° 19.

L'acte authentique électronique

1. Contexte actuel

Le droit des contrats et de la preuve a subi de grands bouleversements ces derniers temps : l'arrivée conjuguée de la signature électronique et du contrat immatériel.

a. Le contexte communautaire

1. La directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques modifie le régime de la preuve

Un des objectifs majeurs de la directive est la reconnaissance juridique des signatures électroniques⁴⁰. Sur le plan probatoire, elle a pour conséquence que l'écrit électronique signé à l'aide d'une signature électronique sera désormais admis en preuve au même titre que l'écrit signé sur support papier, à condition que l'identité de la personne dont il émane soit assurée et que son intégrité soit garantie. Jusqu'à présent, sur le plan probatoire, l'écrit papier, assorti d'une signature manuscrite permettait de cristalliser l'accord des volontés. Mais désormais, « l'heure est venue pour l'écrit de s'émanciper de la tutelle du papier. La liberté d'épouser d'autres formes lui est aujourd'hui reconnue. La circonstance qu'il se présente sous une forme électronique ne lui fait pas perdre pour autant sa qualité d'écrit⁴¹ ».

Une telle directive consacre dès lors l'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique et, par là, nécessite que soient réévaluées les règles de la preuve littérale dans la mesure où est consacrée l'assimilation de l'écrit sur support électronique à l'écrit sur support papier.

En ce qui concerne l'acte authentique, la démarche adoptée par la directive appelle une observation. En effet, la directive ne couvre pas les aspects relatifs à la validité des contrats.

L'article 1^{er} qui définit le champ d'application de la directive dispose que :

« L'objectif de la présente directive est de faciliter l'utilisation des signatures électroniques et de contribuer à leur reconnaissance juridique. Elle institue un cadre juridique pour les signatures électroniques et certains services de certification afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

Elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire ; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régis-

40. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 2000, pp. 12-20. L'autre objectif majeur de la directive est la création d'un cadre légal pour l'activité des prestataires de services de certification.

41. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 114.

sant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire ».

Il n'est donc pas demandé aux États membres de toucher aux éventuelles formalités requises *ad solemnitatem*, mais uniquement aux exigences *ad probationem*⁴². Bien que cette césure ne se fasse pas, comme telle, entre acte authentique et acte sous seing privé, elle vise notamment les actes authentiques⁴³.

La reconnaissance de la signature électronique semble donc s'arrêter aux cas où l'écrit n'est exigé qu'à titre probatoire. Cette restriction n'est donc pas aussi limitée qu'elle n'y paraît ; elle touche un nombre considérable de contrats pour lesquels les différentes législations demandent un écrit signé à peine de nullité (parmi lesquels certains actes authentiques). En effet, si notre droit des contrats est basé sur le principe du consensualisme, ce principe connaît de nombreuses exceptions⁴⁴. En droit belge, on peut citer : les contrats solennels (droit de la famille, mariage, adoption), les contrats pour lesquels le législateur impose la passation d'un acte authentique, sans qu'on puisse pour autant les qualifier de solennels (constitution et modification des statuts de sociétés), les contrats dont l'opposabilité aux tiers requiert la forme authentique (transcription dans les registres de conservation des hypothèques), et enfin, les contrats pour lesquels le législateur exige un écrit,

indépendamment de toute question de preuve (contrat de crédit à la consommation, contrat d'assurance, contrat de travail à durée déterminée).

Le législateur européen a donc fait preuve de prudence. Cette restriction se justifie, à nos yeux par un double motif. D'une part, elle réside dans la difficulté du droit communautaire à concilier les deux systèmes juridiques majeurs coexistants dans l'Union, à savoir les systèmes de droit romano-germanique et de *common law*. Face à l'influence nord-américaine, l'enjeu était, semble-t-il, plus de se positionner en matière de commerce électronique sur la base de principes fondateurs que de s'immiscer de façon hasardeuse dans des législations plus complexes relatives à des actes spécifiques. D'autre part, le formalisme des actes, spécialement des actes authentiques, se justifie par des principes fondamentaux de sécurité juridique ; un tel formalisme relève notamment du souci de protection des personnes lorsqu'elles contractent des engagements particulièrement importants⁴⁵. Il ne s'agissait pas en effet de mettre sur un pied d'égalité ces deux types d'actes sans au préalable approfondir la réflexion.

Dans ces différents cas, la papier devrait donc conserver son monopole, du moins pour un certain temps. « Mais pour un temps seulement et probablement très court, car la toute fraîche directive européenne "Commerce électronique" adoptée en mai 2000, desti-

42. M. ANTOINE et D. GOBERT, « La directive européenne sur la signature électronique : vers une sécurisation des transactions sur l'Internet », *J.T.D.E.*, avril 2000, n° 68, pp. 73 à 78.

43. On se rappellera en effet que lorsqu'un écrit est exigé *ad solemnitatem*, « la règle de preuve est, en quelque sorte, absorbée par la règle de forme » ; l'écrit conditionne alors la validité du *negotium*. Voy. R. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 128, n° 81.

44. J.-F. TAYMANS, « Recueillir et authentifier le consentement : l'expérience notariale confrontée à la certification électronique », *Le consentement électronique*, Actes du colloque des 23 et 24 septembre 1999, B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Droit et consommation*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 351.

45. E. CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », p. 6, disponible en ligne à l'adresse <http://www.juriscom.net/uni/doc/20000110.htm>.

née à constituer la charte des contrats en ligne pour le XXI^e siècle, interdit aux États membres de mettre obstacle à la pleine reconnaissance des contrats électroniques » (voy. *infra*, pt. 2)⁴⁶.

En Belgique, la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire transpose partiellement⁴⁷ la directive sur la signature électronique.

Le nouvel article 1322 du Code civil stipule notamment que :

« Peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien et l'intégrité du contenu de l'acte. »

« L'exposé des motifs précise que la modification apportée par la nouvelle loi est applicable à tous les actes sous seing privé, pour autant qu'ils ne soient pas soumis à une législation spécifique. Il en résulte que si une telle loi prévoit des dispositions particulières faisant obstacle à l'utilisation de la signature électronique, ces dispositions devront être respectées tant que la législation spécifique n'aura pas été adaptée⁴⁸ ».

Comme dit précédemment, la modification adoptée ne semble donc viser que les seuls actes sous seing privé. En effet, il n'est fait aucune référence à l'acte authentique dans l'exposé des motifs ni les dispositions de la loi. En

outre, la localisation de la définition fonctionnelle de la signature est faite sous l'article 1322 du Code civil qui ne traite que des actes sous seing privé. Enfin, cette interprétation est confirmée par la formule « application du présent article », qui semble d'ailleurs restreindre considérablement la portée de cette définition.

Il en résulte que tant que le législateur belge n'aura pas modifié clairement les règles relatives à l'acte authentique, comme l'a fait le législateur français, ce dernier ne pourra être électronique.

2. La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique

Parallèlement à la directive sur la signature électronique, on peut constater que la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique exclut prudemment de son champ d'application les activités qui participent de manière directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique.

L'article 1^{er}, 5, d, dispose en effet que :

« La présente directive n'est pas applicable :

(...)

d) aux activités suivantes des services de la société de l'information :
– les activités de notaire ou les professions équivalentes, dans la mesure où elles comportent une *participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique*,
– (...). »

46. P. GAUTIER et X. LINANT DE BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *J.C.P.*, 2000, éd. E, n°31/34, p. 1275.

47. M. B., 22 décembre 2000, pp. 42698 à 42699. Voy. également la récente loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, M. B., 29 septembre 2001, p. 33070.

48. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 120.

Toutefois, comme le soulignent D. GOBERT et E. MONTERO, une autre disposition de la directive suggère, de façon implicite mais non moins certaine, que l'on ne pourra faire longtemps l'économie d'une réflexion approfondie sur le rôle du notariat dans la société de l'information⁴⁹.

L'article 9 prévoit, en effet, que :

« 1. Les États membres veillent à ce que leur législation rende possible les contrats par voie électronique. Les États membres s'assurent, notamment, que le régime juridique applicable au processus contractuel n'empêche pas l'utilisation effective des contrats par voie électronique ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.

2. Les États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1^{er} ne s'applique pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes:

- a) (...)
- b) les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de *professions exerçant une autorité publique* ;
- c) (...)

3. Les États membres indiquent à la Commission les catégories visées au paragraphe 2 auxquelles ils n'appliquent pas le paragraphe 1^{er}. Ils soumettent tous les cinq ans à la Commission un rapport sur l'application du paragraphe 2 en expliquant les raisons pour lesquelles ils

estiment nécessaire de maintenir les catégories visées au paragraphe 2, point b), auxquelles ils n'appliquent pas le paragraphe 1^{er}. »

La Commission entend donc laisser le temps aux États membres d'effectuer un examen en profondeur des « contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention de professions exerçant une autorité publique », tel est le cas des contrats devant être conclus devant un notaire ou un officier public, donc les actes authentiques. En effet, il s'agit de déterminer au cas par cas, l'objectif poursuivi par chacune des formalités et d'évaluer comment ils pourraient assurer la réalisation de ces objectifs dans l'environnement électronique.

Le paragraphe 3 de la directive impose d'ailleurs aux États membres qu'ils soumettent tous les cinq ans à la Commission un rapport sur l'application du paragraphe 2 en expliquant les raisons pour lesquelles ils estiment nécessaire de maintenir les catégories visées au paragraphe 2, point b), auxquelles ne s'applique pas le paragraphe 1^{er} ⁵⁰. Il est intéressant de remarquer que cette obligation de motivation du maintien des exclusions ne s'applique donc qu'aux « contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant une autorité publique »

Si une certaine liberté est donc ainsi conférée aux États membres, on s'aperçoit cependant que cet article reconnaît la qualité particulière des notaires et qu'on ne peut écarter trop rapidement l'hypothèse d'une conclusion de contrats immatériels en la forme authentique.

49. *Ibidem*, p. 120.

50. D. GOBERT et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », in *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 204, n° 384.

b. Pistes de réflexion en droit belge

Si le droit des contrats et de la preuve a subi de grands bouleversements ces derniers temps avec l'arrivée conjuguée de la signature électronique et du contrat dématérialisé, la consécration de l'acte authentique avait été retardée, tant la spécificité des actes authentiques justifiait que l'on fasse preuve de prudence.

Aujourd'hui, cependant, le législateur belge, s'inspirant de son homologue français⁵¹, a pris conscience de la nécessité de consacrer l'acte authentique électronique. Entretenir un régime de la preuve « à double vitesse » n'était pas une solution idéale.

La France, en effet, n'a pas traîné dans l'adoption d'une législation sur la preuve électronique. Le 13 mars 2000, elle adoptait la loi n°2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique⁵².

L'article 1317 du Code civil français y consacre l'acte authentique électronique. Cet article spécifique à l'acte authentique dispose en effet que celui-ci « peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixés par décret en Conseil d'État ».

L'article 1316-4, alinéa 1^{er} ajoute en outre : « Quand elle [la signature] est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».

Par ces articles, le législateur français a voulu poser d'ores et déjà le principe que l'acte authentique peut être dématérialisé et que la signature de l'officier public peut emprunter la forme électronique. Toutefois, étant donné l'importance de pareil acte et la volonté de veiller à ce que sa dématérialisation ne remette pas en cause les garanties d'authenticité, la France veut se donner le temps d'effectuer un travail d'approfondissement tant sur le plan juridique que technique en vue de vérifier que les exigences d'authenticité peuvent être préservées dans un environnement dématérialisé. C'est pourquoi le texte renvoie sagement la question de sa mise en œuvre pratique à un décret.

C'est vers une telle approche transverse – inspirée de celle qui a été adoptée par la loi française pour l'acte authentique électronique – que semble s'être orienté notre législateur. La Belgique entend faire de même via un arrêté royal, dès qu'une loi préalable aura consacré l'acte authentique électronique. Une telle loi préalable sera celle relative à certains aspects juridiques des services de la société de

51. L'Italie a été le premier État membre de l'Union européenne à légiférer en matière de signature électronique (La loi n° 59/97 du 15 mars 1997, article 15, 2^e alinéa, en forme le socle, celle-ci est complétée par les décrets du président de la République du 10 novembre 1997 et du président du conseil des ministres du 8 février 1999). L'article 2703 du Code civil italien admet la technique de la signature par un notaire ou un autre officier public afin d'authentifier un acte. L'article 16 du décret n°503 renforce cette nouvelle forme d'authentification par l'introduction de la signature digitale authentique (*firma digitale autenticata*). L'authenticité ainsi conférée est complète dans la mesure où le notaire aura pris le soin de constater que la signature digitale a été authentifiée en sa présence, et cela après avoir vérifié son identité ainsi que la validité de la clé publique et le fait que le document signé correspond à la volonté des parties et n'est pas en contravention avec l'ordre juridique au sens de l'article 18, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 16 février 1913, n. 89. Ce décret impose au notaire, conformément au principe de base de l'authenticité notariale, d'effectuer un contrôle strict du contenu de la convention. Il s'ensuit que la comparution personnelle devant le notaire reste obligatoire. Cf. J.-L. SNYERS, « De elektronische authentieke akte en de notariële, elektronische archivering », *Limb. Rechtsl.*, 2000, p. 287.

52. Loi n° 200-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *J.O.*, n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968.

l'information, en cours de préparation sous l'égide du ministère des Affaires économiques. À cet égard, dans le prolongement d'une étude réalisée pour ledit ministère visant à transposer la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, les auteurs ont avancé une première proposition d'avant-projet de loi⁵³.

Nous partageons les vues des auteurs de cette étude concernant leur modification de l'article 1317 du Code civil. Au chapitre VIII (dispositions finales) de cette proposition, les auteurs suggèrent en effet de compléter l'article 1317 de notre Code civil de la manière suivante :

« Il peut être dressé sur tout support s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en conseil des ministres ».

Cependant, comme certains notaires l'on fait remarquer, on pourrait objecter que cet avant-projet de loi relatif au commerce électronique ne soit pas réellement le cadre idéal pour introduire ce principe. La philosophie d'une telle modification législative appartient au domaine de la preuve et semble, selon eux, perdre de sa substance dans une loi sur le commerce électronique. En outre, une certaine contradiction se fait ressentir lorsque l'on considère l'article 3, alinéa 2, 4°, a), dudit avant-projet qui exclut du champ d'application de la loi les activités de notaires en tant qu'officiers publics.

L'avant-projet de loi sur certains aspects juridiques des services de l'information, dans sa version officielle a

cependant été approuvé par le gouvernement et transmis à la Commission européenne (dans le cadre de la directive transparence) et au Conseil d'État (pour avis).

2. L'acte notarié à l'épreuve des nouvelles technologies

Nous nous proposons ici de nous interroger sur la compatibilité des nouvelles technologies avec l'authenticité notariale. Plus qu'une esquisse, il s'agit ici de franchir le pas et d'envisager, de manière concrète, la réalisation d'actes électroniques à l'intervention des notaires. À cet effet, nous nous attacherons à dégager les principales difficultés et objections susceptibles de faire obstacle à la consécration d'un acte authentique électronique.

a. Une difficulté d'ordre terminologique : la notion d'authentification

La première difficulté que l'on rencontre lorsque l'on parle d'acte authentique électronique est d'abord d'ordre terminologique ; elle est liée à la notion même d'authentification. En effet, tant dans les textes de loi que dans la littérature relative aux problèmes juridiques posés par la transmission électronique d'informations, il est fréquent de recourir à la notion d'authentification.

À titre d'exemple, on peut voir qu'aux termes de l'article 2, 1, de la directive européenne du 13 décembre 1999, la signature électronique est appelée à servir de « méthode d'authentification ».

Il y a lieu de dissiper les confusions

53. Voy., la proposition de modification législative en annexe au *Commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 403-429.

autour de la notion d'authentification, surtout dans une matière telle que le droit de la preuve. Comme on a pu le voir, la loi ne définit pas l'authenticité ; elle se limite à préciser les conditions de son acquisition (article 1317 du Code civil). On peut donc préciser cette notion en se référant au sens usuel du mot.

Le terme authentique dans son acception usuelle désigne « ce dont l'origine ne peut être contestée », « ce qui est véridique ».

Dans son *Vocabulaire juridique*, G. CORNU⁵⁴, donne du mot authentique la définition suivante :

« Authentique :

1. qui a véritablement l'auteur ou l'origine qu'on lui attribue ;
2. se dit plus techniquement, par opposition à l'acte sous seing privé, de l'acte qui, étant reçu ou parfois seulement dressé par un officier compétent, selon les formalités requises, fait foi par lui-même jusqu'à inscription de faux. »

On constate que, de manière générale, le mot « authentique » se dit de ce qui est véridique, véritable, de ce à quoi on peut ajouter foi. Cependant, il prend deux acceptions, dont la distinction est utile pour notre propos.

Lorsque la majorité de la littérature juridique parle d'authentification, elle vise « en réalité l'authentification de la signature, dans la double fonction qui lui est traditionnellement reconnue : l'identi-

fication du signataire, et la manifestation de sa volonté de s'approprier le contenu du document qu'il signe. Et c'est pourquoi, lorsque cette signature est transmise par le moyen de l'électronique, il s'agira d'établir d'une part l'identité de l'émetteur du message, d'autre part l'intégrité du message lui-même. Le message sera "authentifié" s'il répond à cette double condition »⁵⁵.

Cette terminologie ne nous semble pas adéquate lorsque l'on parle de signature électronique. En effet, l'authentification au sens de la loi organique sur le notariat recouvre une toute autre signification⁵⁶.

Il est utile de se référer brièvement à l'étymologie du mot « authentique »⁵⁷. Celui-ci, dérivé du grec « authentikos », signifie : « ce qui a un auteur certain », et par conséquent, ce qui a de l'autorité et donc « dont le pouvoir est inattaquable ».

Les actes de l'autorité publique ont par eux-mêmes le caractère d'authenticité, parce qu'ils sont ce qu'ils sont : des actes de l'autorité publique. Et « c'est le propre des actes de l'autorité publique d'être authentiques »⁵⁸. Il s'agit des actes du pouvoir législatif (lois, décrets...), des actes du pouvoir exécutif (arrêtés royaux, ministériels...) et des autorités administratives (actes d'état civil, registre des conservateurs des hypothèques...) et enfin des actes du pouvoir judiciaire (jugements et arrêts...) et actes extrajudiciaires (huissiers de justice...).

Dans le domaines des actes privés,

54. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987.

55. J.-F. TAYMANS, « Recueillir et authentifier le consentement : l'expérience notariale confrontée à la certification électronique », *op. cit.*, p. 349.

56. Y. TIMMERMANS, « Signature électronique et certification : le notariat et les nouvelles technologies », in *Signature électronique et certification*, actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve, le 25 septembre 2001, pp. 2-3.

57. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1930, v° « Acte authentique ».

58. P. WATELET, *op. cit.*, p. 23.

les pouvoirs publics ont, par voie de délégation, conféré aux notaires le pouvoir de donner à leurs actes, selon les termes de la loi organique du notariat, « le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique » (article 1^{er} de la loi de ventôse). La source de l'authenticité de l'acte notarié réside donc dans la délégation donnée par les pouvoirs publics aux notaires à cette fin.

Naturellement, dans les actes qu'ils reçoivent, les notaires identifient les parties et certifient qu'elles ont eu la volonté de s'approprier le contenu de l'acte. Mais l'authentification du consentement par le notaire va bien au-delà de cette double mission. En effet, l'authentification notariale porte non seulement sur la réalité de l'adhésion des parties à l'acte sur la base d'un consentement libre et éclairé, mais également sur le contenu de l'acte. Très différent est l'objectif de l'« authentification » électronique qui porte essentiellement sur la signature. On préférera alors avoir recours, en matière de signature électronique, au terme de « certification » – pour éviter un risque de confusion – qui atteste de la seule identité du signataire tout en accordant un label de sécurité à la transmission. En outre, il est important de remarquer que les prestataires de services de certification n'authentifient jamais le contenu des conventions. « Cette circonstance, jointe à la qualité du tiers (officier public ou non), marque la différence essentielle entre l'authentification notariale et la certification électronique »⁵⁹.

Ainsi, la distinction qu'il y a lieu d'opérer entre les deux types d'« authentification » n'est pas seulement d'ordre terminologique, elle tient surtout à la nature même de l'authentification à laquelle il est procédé.

Cette distinction est d'ailleurs d'autant plus importante qu'à l'heure où l'on parle tantôt de notaire électronique (*cybernotary*), tantôt de tiers de confiance, certains s'interrogent sur une probable « balkanisation de l'authenticité »⁶⁰, voire s'inquiètent d'une « chute de l'acte authentique »⁶¹. Que faut-il en penser ?

Jusqu'ici, les notaires détenaient le (quasi-)monopole de l'authenticité. Existe-t-il réellement un risque d'éclatement de la mission d'authentification ? Celle-ci serait alors divisée, entre les notaires, d'une part, et une diversité d'autorités de certification plus que probablement d'obédience privée, d'autre part. « À moins de penser qu'à terme, ces derniers se substituent purement et simplement aux premiers. Ou alors, il va, peut-être, falloir revoir à la fois la catégorie des officiers publics et la force probante particulière attachée à ce titre. En effet, qu'est-ce qui justifierait alors ce statut d'exception, au bénéfice des notaires, par rapport aux autres certificateurs ? »⁶².

Pour beaucoup, l'intervention de ces nouvelles autorités de certification semble sonner le glas de l'acte authentique. Avant de céder trop vite à toute forme de panique ou de résignation⁶³,

59. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 123.

60. *Ibidem*, p. 122.

61. L. GRYNBAUM, « La loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve électronique au prix de la chute de l'acte authentique », *Communication – Commerce électronique*, 04/2000, n° 2/4, pp. 12-15.

62. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 122.

63. Voy. à ce sujet, les propos « tragiques » de L. GRYNBAUM (référence à la note précédente) sur le nouvel article 1317 du Code civil français... : « Un acte authentique dressé sur support électronique perdra toute sa force dès lors qu'il sera établi en dehors de la présence physique du notaire et des parties à l'acte. Le nouvel article 1317 en retirant le rôle de témoin privilégié à l'officier public prive l'acte authentique dressé sur support électronique de son essence et signe ainsi sa déchéance. En effet, il n'y aura, techniquement, pas de différence entre un acte authentique établi à distance et un acte sous seing privé dont les auteurs seront identifiés par des tiers ».

il convient de mettre en évidence les spécificités de l'authentification notariale.

En réalité, comme il l'a été déjà souligné plus haut, « le régime d'authentification notariale est intimement lié à diverses garanties particulières qui, à ce jour, distinguent nettement cette dernière du service fourni par les autorités de certification »⁶⁴.

Cette distinction met en exergue la qualité particulière attachée à l'office des notaires dans les systèmes juridiques de droit latin. En effet, dans le cas du notaire, la fonction de conseil apparaît indissociable de sa fonction d'authentification. Le formalisme qui entoure la passation de l'acte authentique est destiné à assurer la protection du consentement des parties dès lors qu'elles s'apprêtent à contracter des engagements jugés importants. Il convient donc de ne pas perdre la finalité initiale d'un tel formalisme. Comme le fait remarquer P. E. NORMAND : « obliger les parties à respecter un certain formalisme, c'est leur donner les moyens de faciliter la constatation de leurs droits »⁶⁵. La mission qui incombe au notaire est guidée par le souci d'atteindre un juste équilibre entre la nécessaire compréhension par les parties de la portée de leurs engagements d'une part et les solennités habilitant le notaire à conférer le caractère authentique à l'acte.

« Le rôle du notaire est notamment d'assurer la qualité du consentement des parties et de certifier ce consentement. Il est aussi d'assurer la correction

de l'acte, à tous points de vue, de manière à prévenir des litiges. Ce devoir relève de sa mission de confiance et de médiateur social. Un des aspects de son ministère légal est effectivement d'assurer le maintien de la paix sociale et d'empêcher la naissance de différends à propos d'actes privés. Aussi s'emploiera-t-il à écarter les clauses équivoques et susceptibles de donner lieu à une action en nullité ou en rescision, bref à vérifier la conformité de l'acte aux dispositions légales. À cet effet, il informera au mieux les parties sur les aspects juridiques de l'opération. Au-delà du renseignement *stricto sensu*, la mission de conseil du notaire le conduit à indiquer aux parties la voie la meilleure, parmi une diversité de solutions juridiques »⁶⁶.

L'authentification notariale porte, en définitive, sur le contenu de l'acte et sur la réalité de l'adhésion des parties (identifiées) à celui-ci, sur la base d'un consentement libre et éclairé. Bien différente est l'authentification électronique qui porte seulement sur la signature⁶⁷.

b. Les difficultés d'ordre pratique : la réception, la transmission et la conservation de l'acte authentique

Les objections pratiques à la consécration juridique de l'acte authentique électronique se situent à trois niveaux : celui de la réception de l'acte, celui de

64. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 122. Voy. aussi K. VANHEUSDEN, *Le commerce électronique et la valeur probante des supports d'information modernes*, p. 7, disponible en ligne à l'adresse http://www.obcedbh.be/export/centre-information/publication.../com-electron-regl_fr.htm.

65. P. E. NORMAND, « La loi, le contrat et l'acte authentique », *J.C.P.N.*, 1990, p. 363, n° 38, cité par L. GRANIER, *L'authenticité notariale électronique*, mémoire D.E.A. Informatique et droit (sous la dir. de C. LE STANC), Université de Montpellier, Faculté de droit, année universitaire 2000-2001, p. 38, disponible en ligne à l'adresse <http://www.droit-ntic.com/pdf/enotaire.pdf>.

66. D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 122.

67. B. REYNIS, « Cliquer c'est signer... », *J.C.P.N.*, 8 décembre 2000, n° 49, p. 1749.

la transmission de l'acte et enfin celui de sa conservation. En effet, « la force probante de l'écrit dépendra des conditions dans lesquelles il aura été rédigé, conservé et éventuellement transmis »⁶⁸.

1. La réception de l'acte authentique

Comme on l'a déjà souligné, la réception par le notaire est l'élément fondamental de l'authenticité de l'acte notarié. Si la loi confère aux notaires le privilège de donner l'authenticité aux actes et conventions qu'ils reçoivent, ceux-ci doivent les recevoir moyennant le respect d'un certain nombre de formalités.

Parmi celles-ci on retiendra tout particulièrement la nécessité de la présence permanente du notaire auprès des parties.

Il semble en effet que la présence effective des notaires auprès de chaque partie soit une condition indispensable pour conférer l'authenticité à l'acte (voy. *supra*, pt. II, c. 1). Il existe un rapport consubstantiel entre le processus d'authentification notariale et la présence physique de l'ensemble des parties⁶⁹. Dès lors, si l'on admet que la singularité de l'acte authentique repose sur la présence réelle de l'officier au temps et au lieu de l'émission du

consentement, il s'agit de rechercher si le formalisme qui conditionne cette authenticité demeure compatible avec le « contrat électronique », qui suppose une conclusion à distance.

Selon P. CATALA, les solutions seront plus ou moins faciles à trouver, selon que l'acte doit se réaliser au sein d'un office notarial unique ou que l'on voudrait le conclure à distance⁷⁰. C'est ce qui amène certains observateurs à établir une distinction, discutable s'il en est, entre acte authentique électronique et acte authentique conclu à distance.

Dans l'hypothèse d'un acte réalisé au sein d'un office notarial unique, la rédaction de l'acte sur le clavier d'un ordinateur fait d'ores et déjà partie des mœurs et de la pratique professionnelle, grâce à l'usage des bases de données informatisées et du traitement de texte.

Ces procédures électroniques peuvent naturellement être entrecoupées d'éditions sur papier du texte, au cours de la tâche à accomplir. « Le passage au papier *in fine* permet de recueillir les signatures et d'apposer le sceau du notaire selon le mode traditionnel. À partir de là, il est aisé de constituer parallèlement un minutier sur papier et son clone numérique »⁷¹. Dans cette perspective, où les deux voies sont combinées, aucune modification des textes actuels ne semble nécessaire.

68. I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », in *Mélanges en l'honneur de Denis Talon*, 1999, p. 128.

69. P. GAUTIER et X. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p. 1275.

70. P. CATALA, « Electronic signature », transl. by D. GUILD, disponible en ligne à l'adresse <http://www.law.ed.ac.uk/legal-connexion/research/signelec.htm> ; P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », in *Journées Jacques Flour – Association Henri Capitant, « Le formalisme », Rép. Defrénois*, 2000, n°15/16, p.908, n°21 cité dans Union internationale du notariat latin (C.A.U.E.), *Les nouvelles technologies informatiques et l'acte authentique*, rapport de la sous-commission, sous la prés. de M^e G. ROUZET, Amsterdam, Fondation pour la promotion de la science notariale, 2001, pp. 4-7.

71. P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *op. cit.*, p. 4. Voy. aussi les extraits du discours de J.-L. MORIER (prés. du 28^e congrès du mouvement Jeune notariat), congrès 1997 : « L'authenticité, la force », Lisbonne, 8-12 octobre 1997, disponible en ligne à l'adresse http://www.jeune-notariat.com/pu_jlsb.htm. Celui-ci évoque l'absurdité d'une telle pratique : « Les minutes restent sauvegardées dans l'ordinateur, alors qu'aujourd'hui nous rédigeons sur traitement de texte, nous tirons l'acte sur papier, nous archivons l'acte authentique sur place si l'espace le permet. Les notaires qui manquent de place microfilm les minutes qui sont posées plus loin et, dernier cri, des sociétés de services proposent de scanner (sic) les minutes pour les archiver en CD-Rom... Ainsi la boucle est bouclée : la minute née de l'ordinateur, retourne dans l'ordinateur. Convenons que cela frise l'absurdité. »

La situation se révèle toutefois plus problématique si on s'engage sur la voie du « tout électronique », c'est-à-dire vers la finalisation de l'acte au clavier et à l'écran sans passer par le papier. Comme le souligne P. CATALA, surgit alors « le problème de la signature électronique qui ne se pose pas dans les mêmes termes pour le notaire et pour les parties »⁷².

À l'égard du notaire, le problème se pose avec une acuité particulière, étant donné l'importance reconnue à la signature de ce dernier. En effet, cette solennité est véritablement, au plan de la forme, le fondement de l'authenticité, en ce qu'elle engage la foi de l'officier public envers l'État, les parties et les tiers. Dès lors, il semble que le recours à la technique de la cryptographie puisse fournir une solution acceptable.

À l'égard des parties, plusieurs solutions sont envisageables. « La plus simple serait de recueillir leur signature en clair au clavier sous l'affirmation, par le notaire que les signataires ont eu pleine connaissance de l'acte et qu'ils ont exprimé et formalisé de la sorte leur consentement. Il n'est pas évident que l'on doive compliquer les choses en subordonnant à la cryptographie les signatures des parties et des témoins »⁷³. Toutefois, on peut affirmer que la signature des parties joue un rôle secondaire en matière d'acte authentique. En effet, par la seule présence du témoignage privilégié fournie par le notaire, les manifestations individuelles de volonté s'en trouvent naturellement parfaites. « À l'heure où il n'est question que de tiers certificateurs professionnels, qualifiés d'insoupçonnables, on doit reconnaître que

l'officier ministériel, présent à l'acte qu'il reçoit, délégataire de la puissance publique, chargé par elle de vérifier le contenu des conventions, l'heure et le lieu, l'identité des parties et d'attester la réalité de leur consentement, celui qu'on appelle depuis toujours le témoin privilégié est le tiers certificateur par excellence. On ne le connaissait pas sous ce nom parce que le vocable n'existait pas ; mais, dès avant qu'il en soit créé d'autres, le tiers certificateur existait d'ores et déjà en la personne des officiers publics »⁷⁴.

Au vu de ce qui précède, il semble dès lors possible, pour cette hypothèse (acte entièrement réalisé sous le signe de l'unité de lieu en l'office du notaire qui le reçoit), de recueillir sans bouleversement législatif majeur la version électronique de l'acte authentique.

L'hypothèse d'un acte authentique conclu à distance est, quant à elle, nettement plus problématique. Le contrat électronique se présente alors comme un contrat conclu à distance pour les parties, un « contrat entre absents ». Le notaire peut-il, dans un tel contexte, conférer l'authenticité à la convention, alors qu'il ne saurait être simultanément placé aux deux extrémités de la chaîne en raison de la distance qui sépare les contractants de l'officier public⁷⁵ ?

À ce jour, les parties qui ne peuvent ou ne veulent se déplacer ont recours au mécanisme de la procuration ou du mandat, incontournable dans la pratique notariale. Ce mécanisme, admis par la plupart des législations européennes, existe déjà depuis un certain temps et ne semble pas poser de difficultés particulières. En effet, « cette pra-

72. P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *op.cit.*, p. 5.

73. P. CATALA, *ibidem*, p. 6.

74. P. CATALA, *ibidem*, p. 6.

75. G. ROUZET, *op. cit.*, p. 407.

tique juridique justifie qu'il n'est pas besoin de recourir à un notaire unique et écarte l'objection qui voudrait que ce soit le même officier public qui recueille l'ensemble des consentements »⁷⁶. Le consentement de la partie représentée a généralement été donné dans les jours précédents et dans un autre lieu que celui de la conclusion effective du contrat. Le notaire instrumentaire est alors différent de celui qui a reçu la procuration en la forme authentique. Ce mécanisme de procuration pourrait tout à fait continuer à s'appliquer mais sous une forme électronique⁷⁷.

Toutefois, si cette solution rejoint l'idée d'un acte notarié à distance, elle n'entend pas dispenser les parties et leur notaire respectif de se rencontrer. Elle ne consacre donc pas encore le « tout électronique »⁷⁸. En effet, elle impose ici un contact physique entre chaque cocontractant et son notaire. L'officier public doit encore être présent auprès de chaque partie signataire pour instrumenter dans les conditions classiques afin de conseiller son client et de donner le caractère authentique à l'acte.

Pour J.-L. SNYERS⁷⁹, la dématérialisation complète de l'acte authentique ne serait pas une solution satisfaisante car elle méprise la condition primordiale de l'authenticité. Le contrôle du notaire en ressortirait très affaibli. En effet, le notaire contrôle si la personne qui se présente devant lui est bien celle qu'elle prétend être, il contrôle si le compa-

rant comprend le contenu de la convention et l'éclaire à ce sujet. Le notaire contrôle également si le consentement du comparant est libre et éclairé. Selon cet auteur, ces contrôles deviendraient – par le recours aux technologies modernes – affaiblis, ce qui pour les actes de grande importance n'est pas opportun.

Cette solution intermédiaire de procuration semble être actuellement, aux yeux des officiers publics intéressés, la formule la plus adéquate. Ce qui pourrait donc s'avérer envisageable, c'est le recours à un mécanisme de procuration signée par transmission électronique⁸⁰. Il convient seulement qu'un officier public soit présent auprès de chaque partie signataire pour instrumenter dans les conditions classiques. Ainsi faute d'avoir un notaire à compétence européenne⁸¹, cela permettrait que des notaires compétents *ratione loci* soient placés à chaque extrémité du contrat et authentifient le contrat électronique chacun dans leur État d'origine, selon les règles qui y sont en vigueur.

En outre, d'autres difficultés semblent faire obstacle à une dématérialisation complète de la pratique notariale. En effet, la difficulté inhérente au concept d'acte à distance est encore renforcée par d'autres exigences qui s'imposent aux notaires, telles la connaissance des parties et la lecture de l'acte.

Prenons l'exigence de la connais-

76. Union internationale du notariat latin (C.A.U.E.), *op. cit.*, p. 28.

77. B. VUYLSTEKE, « Cybernotary », *Authenticité et Informatique*, congrès des notaires (F.R.N.B.), Bruxelles, Kluwer-Bruylant, p. 465.

78. Si l'on envisage l'hypothèse du « tout électronique », on peut également douter que celle-ci réalise une véritable rencontre des consentements. La procédure de procuration garantit, quant à elle, que l'échange de consentements est parfait.

79. J.-L. SNYERS, « De elektronische authentieke akte en de notariële, elektronische archivering », *Limb. Rechtsl.*, 2000, p. 289.

80. J.-L. MORIER et S. GAILLARD-HOSTEIN, « L'authenticité dématérialisée », p. 12, disponible en ligne à l'adresse http://www.ugnf-snn.org/congres99/HTML/Authen_Dema.htm.

81. Voy. à ce sujet, R. STÜRNER, « L'acte notarié dans le commerce électronique européen », *Rev. int. dr. comp.*, 1996, pp. 516-532.

sance personnelle des parties. Il est nécessaire, en effet, que l'identité des parties ayant comparu devant le notaire soit établie avec certitude. Le notaire doit donc connaître les parties. L'exigence de la connaissance des parties par le notaire ne figure pas en termes explicites dans la loi de ventôse.

L'article 11 de la loi de ventôse dispose seulement que : « Le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus du notaire, ou lui être attestés dans l'acte par deux personnes connues de lui, ayant les qualités requises pour être témoins instrumentaires ».

La *ratio legis* de cette disposition est d'empêcher tout risque de fraude par substitution de personnes ; elle tend à empêcher qu'une personne se fasse passer pour quelqu'un d'autre. Le notaire doit donc savoir pour chacun des comparants comment il se nomme (nom de famille), ce qu'il fait (état social), où il habite (habitation réelle). Pour cette raison, il faut considérer cette disposition comme étant d'ordre public. « Sans connaissance des parties le notaire, il n'est pas de certitude d'origine, et donc pas d'authenticité »⁸².

Toutefois, force est de constater que la connaissance exigée dans le chef du notaire implique une connaissance personnelle des parties. Connaître quelqu'un, c'est pouvoir attester que la personne en cause est bien celle qu'elle prétend être. Cette connaissance du comparant, le notaire doit l'avoir personnellement lors de la réception de l'acte.

On sait cependant qu'une telle exigence de connaissance des compa-

rants n'est plus réaliste à notre époque. En effet, les circonstances actuelles ne permettent plus de respecter le prescrit de l'article 11 ; celui-ci date d'un autre temps. Aujourd'hui, il n'est plus possible au notaire de connaître personnellement les parties ni de trouver dans son entourage des témoins qui les connaissent personnellement. Si ce phénomène n'est en soi pas propre aux nouvelles technologies, certains observateurs se demandent si ces dernières ne rendront pas les choses encore plus complexes⁸³. Or, la contravention à l'article 11 donne lieu à la mise en cause de la responsabilité civile du notaire lorsque la substitution des personnes est prouvée...

L'exigence légale de la lecture de l'acte prévue à l'article 12 de la loi de ventôse fait aussi problème même si cette formalité a connu depuis le 1^{er} janvier 2000 un certain assouplissement. L'ancienne loi imposait aux notaires la lecture intégrale des actes qu'ils recevaient. Pour le client, fort peu habitué au vocabulaire juridique, cet exercice de lecture se révélait long et fastidieux. Aujourd'hui, les notaires sont autorisés, sous certaines conditions, à remplacer cette lecture intégrale et littérale des actes notariés par un commentaire assorti d'une lecture partielle.

Si la lecture intégrale d'un acte paraissait désuète et à tout le moins inappropriée, la récente modification législative⁸⁴, a su cependant saisir la « substantifique moelle » de cette formalité. La lecture de l'acte a en effet une longue tradition derrière elle ; elle est, au même titre que l'acte notarié lui-même, intimement liée à la preuve écrite.

82. J. DEMBLON, *Rép. not.*, t. XI, livre VII, n° 192.

83. Si d'un point de vue technique les choses peuvent paraître plus complexes, le certificat électronique, qui, rappelons-le, est créé par des autorités de certification qui auront pris le soin d'identifier les parties, ne peut-il pas aider le notaire dans cette tâche ?

84. Loi du 4 mai 1999, *M. B.*, 1^{er} octobre 1999 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000).

te des engagements et l'authenticité de cette preuve. Certes, la lecture de l'acte appartient à cette culture séculaire de l'écrit, mais maintenant que l'écrit électronique est consacré, le besoin d'authenticité n'en continue pas moins d'exister. Et, à ce niveau, c'est à nouveau la mission de conseil du notaire qui prend toute sa dimension⁸⁵. Or, dans le cas d'une dématérialisation complète de l'acte notarié, il ne saurait plus être question de lecture et, par là, la mission de conseil du notaire serait mise à mal ainsi que l'authenticité qui en découle.

Enfin, les difficultés inhérentes à l'application pratique de l'acte authentique électronique, amènent certains observateurs à envisager des scénarios plus futuristes les uns que les autres. Ainsi, par exemple, a-t-il été suggéré de recourir aux techniques virtuelles, telles que la vidéoconférence⁸⁶. Celle-ci pourrait même être couplée avec une procédure biométrique. Toutefois, à l'heure actuelle, de telles technologies, si elles nous laissent entrevoir de formidables perspectives, ne nous paraissent pas encore être de l'ordre du possible, compte tenu notamment des coûts qu'elles sont susceptibles d'entraîner.

2. Le problème de la transmission de l'acte

Dès que l'on parle de « distance », se pose également le problème de

l'échange et de la transmission mutuels des actes.

En effet, l'utilisateur doit pouvoir être assuré que le contrat qu'il visualise sur son écran, et qu'il veut signer électroniquement, est conforme au texte qui lui été envoyé et donc qu'il n'a pas été modifié dès le début ou en cours de transmission. Peut-on dès lors garantir l'intégrité du contenu d'un document numérique ?

« Dans un système basé sur du papier, le message est fixé sur un support d'information matériel. Dans un tel environnement, il est aisé de vérifier l'intégrité du document : *primo*, parce que toute manipulation du document laisse des traces et *secundo*, parce que le Code Napoléon impose que les actes juridiques soient constatés dans autant de supports d'information papier qu'il y a de parties. Un message électronique, en revanche, est expédié comme un flux d'électrons qui ne laisse au cours du transfert aucune trace sur les moyens de transmission »⁸⁷.

Si un tel « flux d'électrons » offre d'incontestables avantages de rapidité et de précision, son inconvénient majeur semble résider dans le caractère transitoire et vulnérable des transactions qu'il permet de mettre en œuvre.

On sait notamment à quel point les supports numériques peuvent tantôt faire

85. Voy. à ce sujet, X, *L'acte notarié et sa lecture*, Comité d'étude et de législation, Fédération royale des notaires de Belgique, Bruxelles, Bruylant, 1998.

86. B. VUYSTEKE, *op. cit.* p. 465. Mais le recours à des procédés tels que la vidéoconférence ne semble cependant pas entièrement satisfaisant : « De hamvraag is natuurlijk of dit beantwoordt aan de authenticiteitsvereiste dat de notaris de visu et auditu vaststelt ».

87. W. WIJMS, « De la signature au "notaire électronique" – La validation de la communication électronique », *Mélanges Jean Pardon*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 568. *Contra*, Union internationale du notariat latin, *op. cit.*, p. 26 : « La fluidité de l'écrit électronique n'est pas en soi une cause inéluctable de fragilisation du document matérialisé et si la numérisation présente un risque d'interception ou de dénaturation qui n'est pas propre au document électronique, il reste cependant indépendant du support. Le danger – non négligeable – de fragilité de l'écrit numérique demeure, semble-t-il, comparable à celui de l'écrit rédigé à l'encre sur un support papier ».

l'objet de manipulations par des *hackers*, tantôt être contaminés par des virus⁸⁸.

En outre, il n'est pas inutile de souligner que dans les environnements numériques, l'intégrité ne doit pas seulement concerner les données contenues dans le message, mais également le message lui-même. En effet, les environnements numériques ne permettent pas de distinguer l'original des copies. « Aussi, une sécurité supplémentaire doit-elle être prévue au moyen d'un contrôle sur le flux des messages : chaque message (...) doit nécessairement comporter un numéro d'identification séquentiel unique, lequel doit, bien entendu, être protégé soigneusement par le mécanisme qui protège l'intégrité globale des données »⁸⁹.

Les difficultés relatives à l'intégrité des données sont principalement tributaires des moyens technologiques. Celles-ci ne pourront être résolues que moyennant un recours adéquat à des procédures techniques de sécurisation.

3. Conservation et archivage de l'acte authentique

L'obligation de conservation des archives a pour objet d'instituer un mécanisme de garanties de pérennité de la preuve des actes authentiques. « On peut dire, sans risque de se tromper, que la valeur de l'acte authentique des notaires réside pour une large part, dans la sécurité de conservation de l'instrument de preuve (...) »⁹⁰.

Le devoir de conservation du notaire est principalement imposé par les

articles 1^{er}, 20, 22 et 23 de la loi de ventôse.

Article 20 :

« Les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront(...) ».

Article 22 :

« Les notaires ne pourront se dessaisir d'aucune minute si ce n'est dans les cas prévus par la loi ou en vertu d'un jugement.(...) »

Article 23 :

« Les notaires ne pourront également, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer d'expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, à peine de dommage-intérêts, d'une amende de 100 francs, et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois ; sauf néanmoins l'exécution des lois et règlements sur le droits d'enregistrement, et de celles relatives aux actes qui doivent être publiés dans les tribunaux. »

Les archives notariales appartiennent au domaine public⁹¹. À ce titre, les archives sont inaliénables, imprescriptibles et non susceptibles d'appropriation privée.

Le devoir de conservation s'applique à l'ensemble du « protocole notarial », c'est-à-dire aux minutes et

88. V. WEYTS, « A room with a view : van de klassieke naar de elektronische notaris », *Jur. Falc.*, n° 33, 1996-1997, p. 68.

89. W. WILMS, *op. cit.*, p. 568.

90. P. HARMEL, *Organisation du notariat et déontologie du notariat*, livre II, notes de cours, 1973-1974, p. 112, n° 115.

91. R. DE VALKENNEER, *op. cit.*, p. 106, n° 181.

documents y annexés, aux répertoires ainsi qu'aux actes déposés ou rapportés pour minute⁹². Les actes authentiques doivent être conservés pendant une très longue période. Le notaire lui-même est amené à conserver les actes de 50 à 75 ans. Après cela, les archives royales continueront de les archiver.

Le devoir de conservation qui incombe ainsi au notaire entraîne deux obligations :

- le dépôt doit être conservé chez le notaire, c'est-à-dire au siège de son étude ;
- le dépôt doit être protégé autant que faire se peut de la destruction et du vol.

Au regard des obligations qui incombent aux notaires, l'utilisation des nouvelles technologies en matière de conservation soulève plusieurs difficultés⁹³.

Il semble que la loi attache à la conservation des actes notariés un caractère d'ordre public⁹⁴. L'article 22 de la loi de ventôse, à cet égard, interdit en principe au notaire de se dessaisir des minutes dont il a la garde. Le dessaisissement consiste dans la remise d'une minute aux mains d'une personne étrangère à l'étude. Ainsi, « la loi confie au notaire la charge du dépôt ; le notaire est fonctionnaire public, le dépôt porte sur des documents publics, la charge est donc publique »⁹⁵. En conséquence, le notaire, semble-t-il, ne devrait pas pouvoir la confier, la délé-

guer à une autre personne. L'article 22 fait cependant une exception qu'il formule ainsi : « si ce n'est dans les cas prévus par la loi ou en vertu d'un jugement ».

Or, à l'heure actuelle, plusieurs observateurs ont fait allusion à la possibilité pour les notaires de confier la conservation de leur archives à des entreprises d'archivage qui seraient de nature privée. Une telle délégation de leur fonction de conservation semblerait en effet offrir de nombreux avantages, tant sur le plan logistique (compétence technique) que sur le plan économique (coûts). Dans un tel contexte, ne faut-il pas envisager une modification législative de la loi de ventôse pour que le notaire puisse déléguer sa fonction de conservation ? À moins de n'interpréter une telle délégation comme étant seulement de nature technique ? Toutefois, c'est pourtant au tiers archiviste à qui incombera la mission d'assurer le maintien en état des actes, ce qui dans l'univers numérique, se traduira par une actualisation des supports. La question reste donc ouverte et mérite d'être approfondie.

Le problème de la confidentialité inhérente à la conservation notariale mérite également qu'on s'y attarde quelque peu. En effet, traditionnellement, l'avantage de la conservation d'un acte chez le notaire est la garantie de la confidentialité. Le déposant doit en effet pouvoir disposer de toutes les garanties que le document est couvert par le secret professionnel du notaire, et qu'à ce titre, il ne sera pas communiqué à des tiers.

92. P. HARMEL et R. BOURSEAU, *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires, 1830-1962*, La Haye, Faculté de droit de Liège et M. Nijhoff, 1964, p. 103.

93. E. MONTERO et A. WALLEMACQ, « La responsabilité du notaire comme auteur, récepteur ou utilisateur du document informatique », in *Authenticité et informatique*, Congrès des notaires (F.R.N.B.), Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 425-450, spéc. pp. 429-430.

94. *Pandectes belges*, t. IV, v° « Acte notarié ».

95. J. DEMBLON, *op. cit.*, t. XI, livre VII, n° 629.

Les restrictions apportées à la communication des actes prévues par l'article 23 de la loi de ventôse procèdent de leur obligation générale de secret professionnel (article 458 du Code pénal). « Ce devoir de conserver comme secret, tout acte vis-à-vis des autres personnes, participe-t-il à l'obligation de secret ? Il en dérive, comme une application, et jusqu'à un certain point une extension puisque le droit de communication est restreint, même si, par nature, l'acte n'était pas secret. L'article 23 crée, à nos yeux, une présomption légale de secret »⁹⁶. On voit à quel point l'obligation de conservation du notaire est intimement liée au principe du secret professionnel et de la confidentialité.

Pour certains, cette solution paraît impensable dans la mesure où ils contestent formellement qu'une entreprise commerciale d'archivage puisse offrir la moindre garantie de confidentialité⁹⁷.

Une position aussi radicale doit, selon nous, être remise en question. En effet, la voie conventionnelle permettrait d'offrir des possibilités. Il est tout à fait concevable pour les notaires de confier la conservation de leurs actes à des entreprises privées – certainement plus aptes à faire face aux difficultés techniques – moyennant l'imposition dans le contrat d'une clause de confidentialité. L'objection nous paraît être plus de nature psychologique que juridique. Le notariat semble en effet redouter de sacrifier son indépendance dans la mesure où il

sera amené à dépendre des techniciens informatiques pour conserver ses archives et les utiliser.

À titre d'exemple, il est intéressant de noter que le notariat autrichien a mis en œuvre un système d'archivage central électronique. Cette initiative est organisée à l'échelon national avec l'appui d'une multinationale, la société Siemens. Le système mis en place fonctionne selon une structure mixte. Chaque office notarial doit déposer les actes notariés établis depuis le 1^{er} janvier 2000 à ces archives électroniques (dénommées *CyberDOC*). « En pratique, l'acte est tiré sur papier puis "scanné" avant d'être archivé électroniquement, mais il ne semble pas que cette formalité évite l'utilisation du support papier ou remplace l'établissement d'un original »⁹⁸.

Enfin, dans la matière du droit de la preuve, la conservation des documents est un élément fondamental puisqu'ils sont susceptibles d'être utilisés ultérieurement. Cette conservation doit donc être opérée de manière fiable. Cet élément soulève cette fois une difficulté d'ordre technique relative à la qualité de conservation des documents, qui dépasse le cadre de la présente étude.

Il est d'usage de caractériser le document par trois qualités fonctionnelles qui déterminent la valeur dudit document : l'intégrité, la lisibilité et la stabilité. S'agissant de l'acte authen-

96. P. HARMEL, *op. cit.*, p. 139, n° 145.

97. J.-L. SNYERS, « De elektronische authentieke akte en de notariële, elektronische archivering », *op. cit.*, p. 303.

98. Union internationale du notariat latin (C.A.U.E.), *op. cit.*, pp 17 et s. Voy. à ce sujet, les réflexions du Jeune notariat français, *op. cit.*, p. 5. Il apparaît utile d'établir une distinction entre le moment de la passation de l'acte et le temps de conservation de celui-ci. Pour les minutes numériques, il semble nécessaire que l'officier public ait la possibilité de créer un deuxième original papier, sous sa seule signature manuscrite, original qui sera conservé classiquement et permettra la délivrance des copies authentiques ou exécutoires papier. Ainsi l'éthique d'indépendance à l'égard des fournisseurs techniques sera préservée, sans rejeter la technologie elle-même, s'agissant de la passation de l'acte.

tique, et de sa conservation par voie électronique, il apparaît qu'une qualité maximale de conservation devra être requise⁹⁹.

3. Les actes d'huissier à l'épreuve des nouvelles technologies

Les huissiers de justice, à l'instar des autres acteurs du monde de la justice, sont sensibles à l'essor des nouvelles technologies et conscients que celles-ci sont de nature à modifier profondément leurs pratiques quotidiennes¹⁰⁰ et cela à l'égard de toutes les missions dont ils ont été investis par la loi.

Pour exemple, il est déjà fait application de manière performante des nouvelles technologies dans d'autres pays. Au Québec, les ordinateurs installés dans les voitures de certains huissiers sont reliés à un ordinateur central par un système de transmission sans fil. L'huissier rédige son acte sur son ordinateur personnel dans son véhicule et l'expédie immédiatement avec la signature électronique par transmission sans fil au bureau de l'avocat¹⁰¹.

Ce petit exemple, anecdotique s'il en est, a le mérite de mettre en exergue le rôle fondamental de l'huissier dans la communication d'informations et la transmission des actes. Rôle qui avec l'avènement des nouvelles technologies est amené incontestablement à prendre une nouvelle dimension.

Mais, l'huissier de justice n'est pas

un simple « agent de transmission ».

En effet, l'huissier en vertu de l'article 516 du Code judiciaire est, sauf disposition légale contraire, le seul compétent pour dresser et signifier les exploits. Les exploits qu'il dresse peuvent avoir pour objet : 1° d'appeler une partie en justice (citation) ; 2° de porter un acte ou un fait à sa connaissance, de lui intimer un ordre ou une défense (signification d'un jugement, commandement) ; 3° de procéder à son encontre à des actes d'exécution (procès-verbal de saisie)¹⁰².

S'agissant, par exemple, de l'introduction de l'instance, celle-ci peut être faite par citation. Dans ce cas, la juridiction compétente pour connaître du litige est saisie par la signification de l'exploit d'huissier donnant citation à comparaître. Le Code judiciaire prévoit non seulement des règles précises à l'égard du mode de transmission de l'acte, ici la signification, mais aussi à l'égard des mentions qui doivent figurer dans la citation. Ces règles conditionnent la validité de l'acte. Les mentions à figurer dans la citation sont essentielles à l'exploit, elles résultent de la nature et du but de l'exploit en ce qu'elles tendent à garantir les droits des parties contre toute surprise et leur omission jetterait un doute sur la réalité ou sur l'efficacité de l'acte.

Il n'est pas inutile de souligner que l'exploit est un acte solennel, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu, que la loi attache à l'omission des formalités de l'acte l'inexistence légale de l'opéra-

99. Concernant les difficultés d'ordre général inhérentes à la pratique de l'archivage électronique, nous renvoyons sur ce point à l'étude de M. DEMOULIN, « La conservation et la datation des documents électroniques », in « Rapport final de la Commission IV sur le droit de la preuve dans le cadre du projet eJustice (sous dir. de Y. POUILLET) », Namur 2001, disponible en ligne à l'adresse http://www.drot.fundp.ac.be/e-justice/documents/Rapport_final_commission_4.pdf.

100. Voy. par exemple la résolution n°3 « Approche générale et moyens d'atteindre une mise en œuvre efficace de l'exécution des décisions de justice » prise lors de la 24^e conférence des ministres européens de la Justice (Moscou, octobre 2001) qui souligne la nécessité pour les huissiers de recourir à l'utilisation des nouvelles technologies.

101. Voy. cette application en ligne à l'adresse http://www.huissier.qc.ca/Technologie/body_technologie.html.

102. *Pandectes belges*, t. 40, v° « Exploit ».

tion dont l'*instrumentum* est l'expression. Il convient toutefois de rappeler qu'un écrit peut être exigé tantôt *ad solemnitatem*, et conditionne alors la validité du *negotium*, tantôt seulement *ad probationem*. Dans le premier cas, « la règle de preuve est, en quelque sorte, absorbée par la règle de forme »¹⁰³. Cette remarque est capitale à l'heure où l'on entend élargir la preuve littérale aux écrits sous forme électronique. En outre, les formalités de remise d'un acte par huissier de justice lui confèrent une date certaine et irréfutable.

L'écrit rédigé par l'huissier est donc une condition essentielle de cette signification à l'égard de celui à qui elle s'adresse et à l'égard des tiers. Mais cet écrit permet secondairement d'assurer et de faciliter la preuve de la signification. En effet, en sa qualité d'officier public, certains des actes que pose l'huissier, sont revêtus d'un caractère authentique. L'exploit d'huissier est un acte authentique, et bénéficie dès lors d'une force probante exceptionnelle.

À ce double titre, l'huissier de justice paraît présenter le degré le plus élevé de protection et d'authenticité en ce qui concerne la transmission des actes¹⁰⁴.

Au vu de ce qui précède, on peut constater que l'étude des actes d'huissier sous l'angle du droit de la preuve a la particularité de se superposer à des questions de validité de l'acte.

À cet égard, on notera que la loi du 9 juillet 2001 sur les autorités de certification dans son article 4, § 4, prévoit l'assimilation de la signature électro-

nique avancée à la signature manuscrite sans faire référence à l'article 1322 du Code civil. Cela semble consacrer la théorie selon laquelle une telle assimilation peut être étendue à l'ensemble des domaines du droit, et notamment ceux dans lesquels la signature est exigée comme condition de validité.

Lorsqu'on considère l'acte d'huissier, et l'exploit en particulier, on se trouve dans un tout autre registre que celui de la preuve des obligations, telle qu'entendue traditionnellement dans les matières de droit privé. Toutefois, les termes de l'article 1317 du Code civil sont tels qu'ils visent une définition générique de l'acte authentique. Même si l'on peut longtemps gloser sur l'opportunité de la localisation d'un tel article dans le Code civil, la force probante qui y est consacrée et la procédure d'inscription en faux qui en résulte est destinée à s'appliquer à tous les actes authentiques. Ainsi la généralité des termes de l'article 1317 et suivants du Code civil permet de transcender les catégories du droit et contribue à appliquer les règles qu'ils prescrivent aux autres actes authentiques que ceux destinés à faire la preuve d'une obligation entre parties.

Car de preuve, il en est assurément question, mais une preuve de nature différente que celle du Code civil. À vrai dire, l'exploit étant un acte authentique, il s'ensuit qu'il doit présenter par lui-même la preuve de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi pour sa validité. L'exploit fait dès lors foi jusqu'à inscription de faux des faits que l'officier public a mission de constater et qu'il constate *de visu et de auditu* de telle façon que pour mettre

103. R. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 128, n° 81.

104. Ch. VANHEUKELEN et V. VAN DEN HASELKAMP, « Le point de vue de la Chambre nationale des huissiers de justice », in *Multimedia - Le cyberavocat*, Formation permanente C.U.P., vol. XXIX, février 1999, Liège - Namur, p. 375.

ces faits en doute, il faut mettre en doute sa véracité d'officier public¹⁰⁵. Ainsi, le fait même de la signification, le transport de l'huissier au domicile de la partie, à la maison communale ou au parquet, l'affirmation que la personne à laquelle il a laissé la copie s'est attribuée telle ou telle qualité, tout cela fait foi jusqu'à inscription de faux, car l'huissier atteste comme l'ayant fait, vu ou entendu dans l'exercice de ses fonctions.

De manière générale, on peut constater que l'authentification réalisée à l'intervention de l'huissier porte sur la réalité de l'acte de transmission (l'exploit atteste du fait même de la signification) et sur l'accomplissement des formalités prescrites par la loi pour cette transmission. Aussi, sur le plan probatoire, la possibilité de dresser un acte authentique sur support électronique ne devrait pas en soi remettre en cause sa mission d'authentification.

En effet, d'une part, l'huissier n'est pas tenu légalement par des contraintes formelles relatives à l'écriture des actes comme les notaires peuvent l'être en vertu de l'article 13 de la loi de ventôse. D'autre part, le rôle de l'huissier n'est pas aussi étendu que celui du notaire dans sa mission d'éclairer les parties sur le contenu de l'acte. Celui n'est pas investi d'une réelle mission de conseil mais plutôt d'information. Ici, la notion de distance inhérente à l'acte électronique ne préjudicie pas comme telle à la mission d'authentification de l'huissier, contrairement à celle du notaire lorsqu'il « reçoit » l'acte au sens large.

L'utilisation des nouvelles technolo-

gies nous autorise même à penser qu'une plus-value d'authenticité sera conférée à l'acte d'huissier. Ce dont l'huissier était autrefois tenu d'attester est présumé par la seule transmission électronique de l'acte. Il n'est plus pertinent de parler de constatation *de visu et auditu* de transport de l'huissier, des déclarations de qualité que lui font les parties auxquelles il remet la copie, etc. Avec les nouvelles technologies, moyennant des systèmes de certification et d'horodatation fiables, l'huissier, dispensé d'être « sur le terrain » n'atteste plus, au sens de témoin privilégié, de tous ces faits, il n'attestera plus que du fait de la signification (voy. avis de remise), ceci présument tout le reste. Plus encore, l'acte d'huissier électronique devrait permettre d'établir, jusqu'à inscription de faux, l'identité - que l'huissier n'était pas légalement chargé de constater - de celui à qui il remet « copie », et non seulement la qualité de la personne à qui il remet l'acte. En effet, la transmission électronique de l'acte met l'huissier en relation avec le destinataire (consentant) qu'il peut directement contacter par l'intermédiaire de la boîte de courrier électronique.

Toutefois, consacrer l'acte authentique électronique dans un texte législatif ne doit pas faire oublier qu'il existe un certain nombre de règles qui conditionnent avant tout la validité d'un exploit d'huissier, ce qui dépasse le cadre strict de la preuve.

Dès lors, c'est d'une part aux règles légales qui concernent le mode de transmission de l'acte (articles 33 et suivants du Code judiciaire), d'autre part aux règles relatives aux mentions

105. Cass., 7 juin 2001 (JC01676) ; Mons, 3 nov. 1981, J.T., 1982, p. 378 ; Liège, 12 janvier 1987, J.L.M.B., 1987, p. 532 ; Trib. Trav. Bruxelles, 2 févr. 1987, J.L., 1987, p. 584, obs. G. DE LEVAL ; Civ. Bruxelles, 7 nov. 1996, Rev. not. b., 1997, p. 478, également disponibles en ligne sur le site du ministère de la Justice (<http://www.just.fgov.be>).

devant figurer dans la citation qu'il faut être attentif¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

La possibilité de dématérialiser les actes authentiques est de nature à donner à la profession d'huissier les moyens de conserver les diverses pièces, jugements et actes sur des supports électroniques¹⁰⁸.

La durée de conservation des archives et des actes d'huissier de justice est fixée par l'article 2276, alinéa 2, du Code civil qui dispose que les huissiers sont déchargés des pièces après deux ans, depuis l'exécution de la commission ou de la signification des actes dont ils étaient chargés.

Les problèmes liés à la conservation des actes authentiques à titre de preuve semblent dès lors plus relever de considérations techniques. À cet égard, la profession pourrait organiser et centraliser pour l'ensemble de ses membres l'archivage et la conservation, en ayant recours aux services de prestataires fiables, agréés ou institués.

Enfin, une petite mise au point s'impose en ce qui concerne les constats d'huissier.

Le constat permet d'établir la preuve de faits matériels susceptibles d'entraîner des conséquences juridiques dans le but, soit d'engager une action en justice, soit de faire reconnaître ses droits.

Le constat permet de se préconstituer des preuves qui, par la suite, sont amenées à disparaître.

Le constat entre légalement dans les attributions de l'huissier en vertu de l'article 516, alinéa 2, du Code judiciaire. Il peut se rencontrer dans tous les domaines de la vie juridique et économique. Toutefois, les constatations n'ont qu'une valeur de simples renseignements ! Cependant, les conditions dans lesquelles le constat a été établi ont par contre un caractère authentique¹⁰⁹. L'authenticité attachée aux conditions dans lesquelles le constat est intervenu apporte cependant un avantage qui peut être déterminant, car elles sont rapportées par un officier public. Ainsi, il faut souligner que dans le cadre d'un procès judiciaire, quels que soient les éléments apportés par les parties au soutien de leurs prétentions, la production d'un constat aux débats, peut, dans bien des cas, être la clé qui donnera la solution au litige. En définitive, sa valeur comme instrument de preuve est à la mesure de l'honorabilité de l'huissier qui l'a rédigé ; l'huissier intervenant comme mandataire privé d'un requérant, son constat est un renseignement d'où résulte une présomption humaine soumise à l'appréciation du juge.

Cette compétence peut évidemment – ce qui dépasse l'objet de la présente étude – s'adapter aux nouvelles technologies¹¹⁰. L'huissier peut procéder

106. V. PETITJEAN, *Le statut de l'huissier de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 52.

107. Nous renvoyons sur ce point à l'étude consacrée à l'impact des nouvelles technologies sur « les modes d'introduction de l'instance et les moyens de communication entre les acteurs du monde judiciaire – et les significations et notifications d'actes de procédures », réalisée par V. LAMBERTS et L. GUINOTTE, in « Rapport final de la Commission I dans le cadre du projet eJustice (sous dir. de G. DE LEVAL) », Liège 2001, disponible en ligne à l'adresse http://www.drot.fundp.ac.be/e-justice/documents/rapport_final_commission_1.doc.

108. A. VOILLEQUIN, « Quelques idées sur l'huissier de justice et l'informatique », disponible en ligne à l'adresse <http://www.village-justice.com/informatique.../huissiersintro.htm>.

109. R. PERROT, *Le constat d'huissier de justice*, Paris, C.N.H.J., 1985, pp. 82 et s.

110. « L'huissier de justice sur les routes de l'information du futur », disponible en ligne à l'adresse <http://palissy.humana.univ-nantes.fr/CDMO/Huissier/Conclusions.html>.

aux constatations en visualisant des sites litigieux ou les pages de ceux-ci. L'ensemble de ces constatations devant être imprimées ou sauvegardées. Les demandes peuvent être très diverses : il peut s'agir de constater l'utilisation d'un nom de marque, d'un nom de domaine, il peut également s'agir de

constater des contrefaçons, il peut encore s'agir de constater sur le réseau les informations ayant un caractère dif-famatoire ou mensonger. L'huissier leur donnera date certaine et pourra rechercher qui en sont les auteurs ou instigateurs, ou qui est le déposant d'un nom de domaine litigieux¹¹¹.

Réflexions finales et perspectives

1. L'acte notarié à l'épreuve des nouvelles technologies

Une fois levés les obstacles d'ordre psychologique et juridique qui ont empêché la consécration de l'acte authentique électronique, il s'agit d'envisager de manière concrète la réalisation d'un tel acte. Il semble alors que l'on tombe de Charybde en Scylla. En effet, le formalisme inhérent aux actes authentiques relève d'une longue tradition propre à l'écrit papier et pose de nombreuses difficultés lorsqu'on l'envisage dans un environnement numérique¹¹².

Bien entendu, il convient d'adapter un tel formalisme à l'environnement numérique et à l'écrit électronique afin de ne pas altérer l'authentification à laquelle il donne lieu.

S'agissant de l'acte notarié, il a été souligné dans la présente étude qu'il y a lieu d'opérer une distinction fondamentale entre deux types d' « authenti-

fication » : celle réalisée par les autorités de certification et celle inhérente à la fonction notariale. Une telle distinction n'est pas seulement d'ordre terminologique, elle tient aussi et surtout à la nature même de l'authentification à laquelle il est procédé.

Cependant, la situation pourrait évoluer. Les tiers certificateurs pourraient voir leurs fonctions s'élargir, de telle sorte que, pour certains, leur mission spécifique s'apparenterait alors réellement à celle des officiers publics. « L'on pourrait également imaginer d'étendre la mission de ce tiers à la conservation des documents informatiques, à la délivrance du certificat d'envoi et de réception de ce document et à l'absence d'altération durant cette transmission »¹¹³. Faudra-t-il alors y voir un éclatement de la mission d'authentification, une « chute de l'acte authentique »¹¹⁴ ? Une telle conclusion nous paraît hâtive. En effet, si une telle hypothèse aura pour conséquence de modifier certaines choses, d'une part

111. Il existe déjà un service français « Huissier en ligne », voy. http://www.juritel.com/juri2000/Intro_huissiers.asp.

112. La Fédération du notariat a d'ailleurs plaidé « vigoureusement auprès des autorités publiques pour que soient reconnues l'existence et, surtout, la valeur légale de l'acte authentique électronique », voy. Fédération royale du notariat belge, « Rapport annuel 2000 – Le notariat et les nouvelles technologies », p. 2, disponible en ligne à l'adresse http://www.notaire.be/info/rapport_annuel_2000.htm.

113. P. VAN DEN EYNDE, « Conclusion : L'avenir de l'acte authentique : vers un nouveau support », in « Authenticité et Informatique », Congrès de Bruxelles, F.R.N.B., Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 493.

114. L. GRYNBAUM, « La loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve électronique au prix de la chute de l'acte authentique », *op. cit.*, pp. 12-15.

elle n'est pas à envisager dans l'immédiat, d'autre part elle ne modifiera pas l'essence même de la mission légale du notaire : authentifier l'acte et conseiller les parties.

Cependant, il est certain que cette hypothèse appelle non seulement un changement de mentalités mais surtout une prise de position de la part du notariat, tant sur le plan national qu'euro-péen. À cet égard, le notariat belge participe actuellement à une réflexion commune avec les représentants de la profession d'autres États membres ; il s'agit à ce stade d'opérer un *brainstorming* afin d'identifier les problèmes que poserait l'introduction de l'acte authentique électronique dans la pratique notariale et de proposer des solutions, et ce dans une perspective communautaire. Le notariat, par exemple, pourrait envisager d'investir lui-même le champ de l'enregistrement¹¹⁵, voire de la certification¹¹⁶. Cependant, en matière de certification, il semble que des formes de collaboration pourraient s'instaurer entre tiers certificateurs, garants de la sécurité technique, et notaires, garants de la sécurité juridique.

Par exemple, en ce qui concerne la comparution personnelle des parties devant le notaire, on a vu qu'il fallait distinguer selon que l'acte est dressé dans un office notarial unique ou qu'il est conclu à distance. Dans la première hypothèse, il apparaît que tant que le titre ne quitte pas l'étude du notaire rédacteur, il n'est besoin d'aucun autre « certificateur » que l'officier public lui-

même. Celui-ci est alors le tiers de confiance par excellence. « Il en va autrement et l'interposition d'un tiers devient nécessaire, lorsque le titre circule : c'est le prix du déplacement »¹¹⁷. Il faut en effet garantir à ce déplacement une sécurité maximale pour qu'aucun doute ne puisse planer sur la fiabilité de l'acte authentique. Dans ce contexte, l'intervention d'un tiers certificateur du meilleur niveau nous semble devoir s'imposer sur la trajectoire du document électronique.

Les caractéristiques des nouvelles technologies remettent en cause l'image, déjà largement brouillée pour certains¹¹⁸, d'une authenticité notariale, dépendante d'un ensemble de règles de forme nombreuses, strictes, et apparemment peu adaptées aux nécessités de la vie actuelle.

Au-delà des critiques que l'on peut formuler à l'encontre du « formalisme notarial », nul ne peut contester que les nouvelles technologies requièrent que soit réévaluée la nécessité de chacune des solennités légalement exigées pour qu'un acte soit authentique.

Parmi celles-ci, on sait que la présence physique et simultanée des parties et du notaire en son étude ainsi que ses corollaires (obligation de procéder à la lecture et au commentaire des mentions essentielles à l'acte, ainsi que la connaissance personnelle des parties) pose problème. À cet égard, il s'agit d'analyser si de telles exigences sont inhérentes à la fonction d'authentification et s'il est concevable d'en substituer un équivalent fonctionnel.

115. L'enregistrement et la délivrance de certificat pourraient être confiés aux autorités professionnelles telles que les chambres provinciales et la chambre nationale

116. C. PISANI, « L'acte dématérialisé », *Arch. philos. dr.*, t. 43, « Le droit et l'immatériel », p. 159.

117. P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », in *Journées Jacques Flour – Association Henri Capitant*, « Le formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, n°s 15/16, p. 908, n° 21 cité in *Union internationale du notariat latin (C.A.U.E.)*, op. cit., p. 7.

118. M. HANOTIAU, « Vers une autre authentification », in *Société, notariat, université*, actes du colloque du 14 mars 1986, Louvain-la-Neuve, CabayBruylant, 1986, pp. 146-161, spéc. pp. 158-159. « Ces règles ont-elles encore une raison d'être ? L'on peut en douter. Elles finissent en fait par perdre tout sens et par devenir de véritables hypocrisies, tout en constituant nécessairement un frein pour un recours plus rapide et spontané à la forme authentique. Leur suppression pure et simple ne remettrait pas en cause la sécurité des actes notariés ».

Pour certains, ce serait un recul de vouloir se passer, pour certains actes graves (mariage, vente d'un immeuble), de l'acte notarié en présence physique des parties et du notaire. Mais on imagine que, pour d'autres types d'actes, le notaire puisse s'acquitter à distance, par un biais électronique, des devoirs dont il est investi. Toutefois, une telle distinction entre acte grave et acte de moindre importance s'avère délicate, voire bancale. En effet, les critères à choisir pour opérer une telle distinction ne sont pas aisément déterminables. Il apparaît dès lors, aux yeux du notariat, peu cohérent d'instaurer un régime d'actes notariés à plusieurs vitesses. En définitive, une dématérialisation complète de l'acte notarié, pour quelque acte que ce soit, ne serait pas souhaitable¹¹⁹.

En outre, on constate également que certaines dispositions imposent l'utilisation du support « papier ». À titre d'exemple, certaines règles fiscales prévoient des obligations relatives à l'utilisation du papier timbré ou encore l'utilisation d'un cachet¹²⁰.

Un nouveau formalisme devra être envisagé, qui prenne acte des spécificités de l'environnement numérique.

Parallèlement à une consécration législative de l'acte authentique électronique, il nous semble également opportun de procéder, spécialement en ce qui concerne les actes notariés, à une modification de l'article 13 de la loi de ventôse.

L'article 13 de la loi de ventôse dispose en effet que :

« Sans préjudice des prescriptions des articles 971 à 988 et 1001 du Code civil, relatifs aux testaments, les actes des notaires seront écrits à la main ou établis par des *procédés mécaniques*, tels la dactylographie, l'imprimerie, la lithographie, la typographie, d'une manière indélébile, lisiblement (...) »

Le Roi peut prescrire les mesures propres à assurer la conservation en bon état des actes notariés, pour la rédaction desquels il est fait usage de procédés mécaniques ».

On s'aperçoit en effet que si cette disposition ne fait pas expressément référence au support « papier », elle y fait allusion de manière implicite. Si le terme « mécanique » rime avec « électronique », il ne recouvre pas la même notion¹²¹. Il convient dès lors de procéder à l'actualisation de cet article.

2. L'acte d'huissier à l'épreuve des nouvelles technologies

S'agissant des actes extrajudiciaires – spécialement en matière de signification – de manière générale, on peut constater que l'authentification réalisée à l'intervention de l'huissier porte sur la réalité de l'opération de transmission (l'exploit atteste du fait même de la signification) et sur l'accomplissement des formalités prescrites par la loi pour cette transmission. Aussi, sur le plan probatoire, la possibilité de dresser un acte authentique sur support électronique ne devrait pas en soi remettre en cause sa mission d'authentification.

119. On pourrait cependant envisager une dématérialisation complète des actes en brevet. Le brevet est un document original, constitutif d'un acte notarié, signé par les parties et le notaire, et remis aux parties. Le notaire ne doit pas nécessairement le conserver, contrairement à la minute. Nous renvoyons sur ce point, et notamment sur la notion d'acte simple (article 20 de la loi de ventôse) à l'étude de J. DEVLON, « L'acte notarié : commentaire », *Rép. not.*, t. XI, livre VII, pp. 235-255.

120. J.-L. SNYERS, « De notariële certificatie en de elektronische authentieke akte », *op. cit.*, p. 399.

121. *Ibidem*, p. 399 : « Elektronika en mechanica zijn geen synoniemen voor hetzelfde begrip ».

En effet, d'une part, l'huissier n'est pas tenu légalement par des contraintes formelles relatives à l'écriture des actes comme les notaires peuvent l'être en vertu de l'article 13 de la loi de ventôse. D'autre part, le rôle de l'huissier n'est pas aussi étendu que celui du notaire dans sa mission d'éclairer les parties sur le contenu de l'acte. Celui-ci n'est pas investi d'une réelle mission de conseil mais plutôt d'information. Ici, la notion de distance inhérente à l'acte électronique ne devrait pas dénaturer la mission d'authentification de l'huissier, contrairement à celle du notaire lorsqu'il « reçoit » l'acte au sens large. En outre, il est tout à fait possible de concevoir que la partie qui le désire puisse demander un complément d'information par un échange de courriers électroniques avec l'huissier.

L'utilisation des nouvelles technologies nous autorise même à penser qu'une plus-value d'authenticité sera conférée à l'acte d'huissier. Ce dont l'huissier était autrefois tenu d'attester est présumé par la seule transmission électronique de l'acte. Il n'est plus pertinent de parler de constatation *de visu et auditu* du transport de l'huissier, des déclarations de qualité que lui font les parties auxquelles il remet la copie, de la remise. Par le recours aux nouvelles technologies, moyennant des systèmes de certification et d'horodatage fiables, l'huissier, dispensé d'être « sur le terrain » n'atteste plus, au sens de témoin privilégié, de tous ces faits, il n'attestera plus que du fait de la signification (et de la délivrance d'un accusé de réception), ceci présumant tout le reste. Plus encore, l'acte d'huissier électronique devrait permettre d'établir, jusqu'à inscription de faux, l'identité – que l'huissier

n'était pas légalement chargé de constater – de celui à qui il remet « copie », et non seulement la qualité de la personne à qui il remet l'acte. En effet, la transmission électronique de l'acte met l'huissier en relation avec le destinataire (consentant) qu'il peut directement contacter par l'intermédiaire de la boîte de courrier électronique.

Toutefois, consacrer l'acte authentique électronique dans un texte législatif ne doit pas faire oublier qu'il existe un certain nombre de règles qui conditionnent avant tout la validité d'un exploit d'huissier, ce qui dépasse le cadre strict de la preuve.

3. Perspectives

Ces diverses réflexions et recommandations de modifications législatives, si elles constituent une avancée substantielle vers la consécration de l'acte authentique électronique, n'en sont cependant qu'une première étape.

Il ne faut en effet pas perdre de vue d'une part que la chaîne de la justice est ouverte à de nombreux intervenants et d'autre part que les officiers publics qui ont compétence pour dresser des actes authentiques entretiennent, à cet effet, dans leur pratique quotidienne, d'étroites relations avec diverses institutions (hypothèque, cadastre, timbre, enregistrement) qui, elles aussi, doivent s'adapter aux environnements numériques. Il convient dès lors de veiller à mettre en place un système global susceptible de pallier les difficultés inhérentes aux particularités des N.T.I.C. à l'égard de ce réseau d'acteurs, ce qui dépasse le cadre limité de la présente étude.